

**”AVTALER OM ERVERV AV LANGSIKTIG
DISPOSISJONSRETT TIL VANNKRAFTRESSURSER”**

Kandidatnr: 175

Veileder: Ulf Hammer

Leveringsfrist: 25. april 2003

Til sammen 13.789 ord

19.05.2003

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>3</u>
1.1	PRESENTASJON AV TEMA OG PROBLEMSTILLINGER	3
1.2	KILDER OG METODE	3
1.3	OPPBYGGING AV OPPGAVEN.....	4
1.4	KORT OM VASSDRAGSLOVGIVNINGENS HISTORISKE UTVIKLING.....	4
<u>2</u>	<u>DET KONSESJONSRETTLIGE RAMMEVERKET.....</u>	<u>5</u>
2.1	INDUSTRIKONSESJONSLOVEN.....	5
2.1.1	DE ULIKE KONSESJONÆRER SOM OMFATTES AV IKL.	6
2.1.2	STATEN	6
2.1.3	KOMMUNER, FYLKESKOMMUNER OG STATSFORETAK OG SELSKAPER HVOR DISSE EIER MER ENN 2/3.....	7
2.1.4	PRIVATE PRODUSENTER.....	9
2.2	VASSDRAGSREGULERINGSLOVEN	11
2.3	FORHOLDET TIL VANNRESSURSLOVEN	12
2.4	FORHOLDET TIL ENERGILOVEN	13
<u>3</u>	<u>KORT OM DE ULIKE FALLRETTIGHETENE</u>	<u>14</u>
3.1	EIENDOMSRETTE TIL VANNFALL	14
3.2	BRUKSRETTE TIL VANNFALL.....	15
3.3	LANGSIKTIG DISPOSISJONSRETT TIL VANNFALL	17
<u>4</u>	<u>NÆRMERE OM ERVERV AV LANGSIKTIG DISPOSISJONSRETT TIL VANNKRAFTRESSURSER</u>	<u>17</u>
4.1	BAKGRUNNEN FOR LOVFORSLAGET	17
4.1.1	FYLKESKOMMUNENES MEDEIENDOMSRETT	18
4.1.2	DE UTLØSENDE FORHOLD FOR LOVENDRINGEN	20

4.1.3	FORARBEIDENE TIL LOVENDRINGEN	24
4.2	PROBLEMSTILLINGER.....	25
4.2.1	UTTRYKKET ”VANNKRAFTRESSURSER” I IKL § 1	26
4.2.2	HVA ER ”LANGSIKTIGE” AVTALER?.....	27
4.2.3	HVILKE OVERDRAGELSER/ AVTALER SKAL OMFATTES AV KONSESJONSPLIKTEN?.....	28
4.2.4	FORHOLDET TIL DEN TIDLIGERE ORDNINGEN MED KRAFTLEIEKONSESJONER	35
4.2.5	FORHOLDET TIL KONSESJONSKRAFTEN	36
4.2.6	NÆRMERE OM INNHOLDET I INDUSTRIKONSESJONSLOVEN § 4 OG § 5 OG KONSEJONSVILKÅRENE	39
4.2.7	HVILKE FØLGER FÅR DE FORESLÅTTE LOVENDRINGENE I IKL. FOR AVTALER OM ERVERV AV LANGSIKTIG DISPOSISJONSRETT?	44

5 AVSLUTNING.....46

LITTERATURLISTE47

JURIDISK LITTERATUR:.....	47
FORARBEIDER OG OFFENTLIGE PUBLIKASJONER:	48
DOMMER:	50
ANNET:.....	50

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema og problemstillinger

Vannkraft har vært en grunnpilar i norsk energiforsyning og en viktig forutsetning for den industrielle utvikling. Nasjonens infrastruktur har vært betydelig påvirket av denne muligheten til å utnytte en naturressurs. Vannkraften har blant annet gitt distriktpolitiske muligheter for oppbygging av industrielle lokalsamfunn. Norske myndigheter har derfor sett det som avgjørende å ha virkemidler som gir den nødvendige styringen og kontrollen med disse ressursene. De sentrale virkemidlene var innføring av konsesjonsordninger ved erverv av fallrettigheter. Den som ville bygge et vannkraftverk, måtte få konsesjon for å erverve eiendomsrett eller bruksrett til vannfallet dersom han ikke allerede er innehaver av slike. Det må de fortsatt. Gjennom en lovendring i 1999 ble i tillegg avtaler om erverv av langsiktig disposisjonsrett til vannkraftressurser underlagt konsesjonsplikt. Bakgrunnen for lovendringen var at myndighetene ble gjort kjent med disposisjoner over vannfallrettigheter som førte til en uthuling av den statlige ressursforvaltning med styring og kontroll gjennom lovgivningen. Avhandlingen inneholder en analyse av denne nyskapningen i et konsesjonsrettslig perspektiv. Formålet er å vurdere og drøfte den rettslige forståelsen av bestemmelsene om ”langsiktig disposisjonsrett” og hva nytt lovendringen har bragt.

1.2 Kilder og metode

Fremstillingen vil basere seg på den alminnelige juridiske metode slik denne er nedfelt i rettskildelæren. Konsesjonslovgivningen sorterer under forvaltningsretten og legalitetsprinsippet får anvendelse. Lovens ordlyd vil være utgangspunktet for analysen. Lovteksten gir ikke en klar og entydig forståelse. Det øvrige rettskildematerialet rundt oppgavens hovedtema er sparsomt. Det foreligger ennå ingen klargjørende retts- eller forvaltningspraksis på området. Behandlingen av stoffet i den juridiske teori er knapp. Analysen har følgelig basert seg mye på lovens forarbeider. På den annen side er heller ikke disse helt utfyllende. For å innhente nødvendige tilleggsopplysninger har det vært muntlig og skriftlig kontakt med Olje- energidepartementet (OED), Statkraft SF, Norges

vassdrags- og energidirektorat (NVE), representanter for Nordland fylkeskommune og andre. Dels er det overført skriftlig materiale, dels er muntlige opplysninger tatt med i vurderingen når de kunne etterprøves fra flere kilder.

1.3 Oppbygging av oppgaven

For å komme til kjernen i avhandlingens innhold er det nødvendig å foreta en gjennomgang og presentasjon av det mangfoldige bakgrunns materialet. En problemstilling som tidligere ikke har vært gjenstand for en sammenhengende vurdering, skal belyses. For å plassere oppgavens tema rettslig, inneholder avhandlingens kap. 2 en innføring i det konsesjonsrettslige regelverket i vannkraftsektoren. I kap. 3 belyses kort de øvrige fallrettighetene eiendomsrett og bruksrett til vannfall. Avhandlingens hovedanalyse av ”langsiktig disposisjonsrett” er lagt til kap. 4.

1.4 Kort om vassdragslovgivningens historiske utvikling

Vann som drivkraft var fra midten av 1800-tallet ikke lenger bare av betydning for mølle- og sagbruk. Den fikk på slutten av dette århundret en vesentlig betydning for landets voksende industri. Den teknologiske og industrielle utvikling medførte at norsk vannkraft fikk en ny og betydningsfull verdi i form av at vassdrag eller deler av vassdrag kunne utnyttes og reguleres for produksjon av elektrisk kraft. Mange fremsynte så på bakgrunn av dette sin besøkelsestid og gikk i gang med storstilte oppkjøp av vannfall. Utlendinger utgjorde en stor del av de aktive kjøpere. På starten av 1900-tallet så det ut som om storparten av det som ble ansett som utnyttbare fallrettigheter kunne forsvinne på utenlandske hender.

Frem til århundreskiftet var det få lovbestemmelser som spesielt berørte vannkraftutbygging. I årene 1906 til 1917 foregikk det imidlertid en hektisk lovgivningsvirksomhet som gav det regelverket som fortsatt danner viktige deler av den juridiske basis for konsesjonsbehandling av vannkraftanlegg.

De første konsesjonslovene var særlig motivert av ønsket om å unngå at utenlandske interesser, som ovenfor nevnt, fikk kontroll over fossefallene. Det ble ansett som et viktig samfunnsanliggende å sikre at ikke hvem som helst skulle kunne tilegne seg eiendomsrett eller annen utnyttelsesrett til de vitale interesser som det var alment anerkjent at fallrettigheter representerte. Et viktig mål var å unngå at privat kapital generelt – norsk eller utenlandsk – kunne legge beslag på en vital nasjonal ressurs, uten videre tidsbegrensning. Løsningen fant man gjennom konsesjonsregler, dvs. at erverv av fallrettigheter i vidt omfang ble gjort betinget av en offentlig tillatelse (konsesjon). Ble slik tillatelse gitt, kunne det oppstilles vilkår som gav myndighetene muligheter for å styre utnyttelsen av fallrettighetene. Industrikonsesjonsloven av 1917 innførte vilkår om slik tidsbegrensning på utnyttelse av vannressurser, herunder hjemfallsrett til staten og regler om forkjøpsrett. Lovgivningen i vannkraftsektoren var således sterkt preget av nasjonal-proteksjonistiske hensyn. Mens det var den teknologiske utvikling, elektrisiteten, som gav vannfallene kommersiell verdi, var det konsesjonslovene og vilkårene som etter hvert ble stilt som gav vannfallene samfunnsmessig verdi.

2 Det konsesjonsrettslige rammeverket

2.1 Industrikonsesjonsloven

Da lov om erverv av vannfall, bergverk og annen fast eiendom m.v. av 14. des. Nr. 16. 1917 (Industrikonsesjonsloven) ble vedtatt, sikret man seg at statens og allmennhetens interesser ble ivaretatt m.h.t myndighetenes kontroll med utnyttingen av vannfall samt ved innføring av forkjøpsrett. Industrikonsesjonsloven inneholder en rekke detaljerte og obligatoriske vilkår om økonomiske ytelser, krav til utførelsen av kraftutbyggingstiltak som foretas i henhold til konsesjonen, konsesjonstidens lengde m.v. Jeg vil i det følgende ta for meg de bestemmelser jeg anser mest nærliggende å omtale under den foreliggende problemstilling.

Lovens § 1 pålegger konsesjonsplikt ved erverv av eiendomsrett, bruksrett eller langsiktig disposisjonsrett (fallrettigheter) til vannfall som ved regulering antas å kunne utbringe mer enn 1.000 naturhestekrefter enten alene eller dersom flere vannfall kan utbygges under ett, såfremt erververen er annen enn staten. I denne sammenheng skal det bemerkes at det kun er staten som sådan og ikke statlig eide selskap, som kan erverve slike vannfallsrettigheter uten konsesjon.

Konsesjoner gitt i medhold av denne bestemmelsen ledsages av til dels inngripende konsesjonsvilkår i Ikl. § 2. Kriteriene for og under hvilke omstendigheter konsesjon kan meddeles og de påfølgende vilkår er forskjellige avhengige av om erververen etter loven er å anse som privat eller offentlig.

Industrikonsesjonsloven legger opp til at offentlige parter lettere kan tildeles konsesjon enn private parter, jfr Ikl. §§ 2, 4 og 5. Videre kan lempeligere konsesjonsvilkår fastsettes til fordel for offentlige enn private. I de følgende avsnitt vil jeg derfor kort redegjøre for de ulike konsesjonærenes stilling ved søknad om konsesjon for erverv av fallrettigheter og de regler som gjør seg gjeldende.

2.1.1 De ulike konsesjonærer som omfattes av Ikl.

Etter Ikl. og Vregl. er det tradisjonelt foretatt en distinksjon mellom ulike grupper konsesjonærer¹. Staten var tidligere regnet med, men gjøres ikke lenger det, jfr. nedenfor. I dag er det derfor i hovedsak to grupper. Den ene omfatter kommuner, fylkeskommuner og statsforetak og selskaper hvor disse eier mer enn 2/3. Den andre private produsenter. Denne distinksjonen har over årenes løp primært vært knyttet til konsesjonstidens lengde og hjemfallsretten.

2.1.2 Staten

Staten eier gjennom Statkraft SF om lag 30 prosent av produksjonskapasiteten i landet². Med staten siktes det til statlig virksomhet utøvet gjennom forvaltningsbedrift eller

¹ Falkanger og Haagensen, Vassdrags- og energirett, s. 266.

² Fakta 2002, Energi og vassdragsvirksomheten i Norge, s. 75.

forvaltningsorgan³. Staten som sådan driver derfor ikke kraftproduksjon i dagens produksjonsmarked. Før etableringen av Statkraft SF i 1991 ble all vannkraftutbygging i statlig regi utført av Statskraftverkene (Statkraft). Statlige fallerverv samt reguleringer er ikke underlagt konsesjonsplikt, jfr. Ikl. § 1, 1. ledd og Vregl. § 2, 1. ledd.

2.1.3 Kommuner, fylkeskommuner og statsforetak og selskaper hvor disse eier mer enn 2/3

Statkraft som forvaltningsbedrift ble i 1992 omorganisert til to statsforetak, Statnett SF og Statkraft SF i medhold av statsforetaksloven med virkning fra 1. januar 1992. Omorganiseringen la grunnlag for et skille mellom statens produksjon av kraft og statens anlegg for overføring av kraft. Statkraft er landets største enkeltstående kraftprodusent, som de senere år har vokst gjennom betraktelige oppkjøp av til dels store fylkeskommunale kraftverk. Etter omorganiseringen ble Statkraft SF i konsesjonsmessig sammenheng likestilt med kommunale og fylkeskommunale kraftverk⁴. Selv om Statkraft nå likestilles med andre offentlige aktører/ konsesjonærer på kraftmarkedet, er det likevel naturlig at staten som eneeier har mulighet til å utøve en viss offentlig kontroll med foretakets disposisjoner⁵. Etter statsforetaksloven § 38 er OED gitt øverste myndighet i foretaksmøtet. Myndigheten gir mulighet til politisk styring av foretakets forretningsmessige beslutninger.

Kommuner og fylkeskommuner står for den største andel av Norges kraftproduksjonskapasitet, om lag 55%⁶. Som en følge av at statsforetak skulle behandles likt med disse, er denne gruppen til sammen den dominerende gruppen kraftprodusenter med i alt ca. 85% av den totale kapasiteten.

³ Jfr. definisjon i relasjon til energilovens bestemmelser i Per Conradi Andersen og Per Håkon Høisveen, *Energiloven med forskrifter og kommentarer*, 2. utg., Oslo 1995, s. 14.

⁴ Ot. prp. nr.32 (1990-91) og St. prp. nr. 100 (1990-91), s. 29.

⁵ Statsforetaksloven § 1.

⁶ Fakta 2002, Energi og vassdragsvirksomheten i Norge, s. 75.

Kommuner og fylkeskommuner likestilles i konsesjonsrettslig henseende med selskaper eller sammenslutninger hvor kapitalen helt eller for den vesentligste del eies av slike. Definisjonen av den nevnte type selskaper, som betegnes som ”offentlige selskaper”, følger av Ikl. § 4, 1 ledd. Som offentlige selskaper regnes statsforetak, norske kommuner og fylkeskommuner. Videre omfattes aksjeselskaper, allmennaksjeselskaper, andelslag og andre sammenslutninger hvor minst 2/3 av kapitalen og stemmene eies av statsforetak, en eller flere kommuner eller fylkeskommuner. Begrepet offentlige selskaper er ikke veldig presist. Opptil en tredjedel av stemmene og kapitalen kan være på private hender. Det er for de sistnevnte selskapene et vilkår at vedkommende vannfall hovedsakelig skal utnyttes til alminnelig kraftforsyning.

Denne gruppen er etter industrikonsesjonsloven § 4 undergitt særskilte regler både hva gjelder adgangen til å bli meddelt konsesjon for erverv av konsesjonspliktige vannfall og vilkårene som henholdsvis skal, kan eller bør oppstilles i slike konsesjoner.

Ervervskonsesjon til eiendomsrett, bruksrett eller langsiktig disposisjonsrett til vannfall kan gis såfremt ikke ”allmenne hensyn” taler imot det, jfr. Ikl § 4, 1. ledd. Av forarbeidene fremgår det at hensikten var å la konsesjonsmyndighetene stå fritt i sin vurdering av hvorvidt det skulle gis konsesjon etter § 4, og ikke være undergitt den begrensende skranke som er oppstilt i §§ 2 og 5 vedrørende konsesjoner til private, hvor konsesjon kun kan meddeles ”under særlige omstendigheter”, jfr. Ot. prp. nr. 69 (1966-67), side 43. Forskjellen ble opprinnelig etablert for å markere at kraftutbygging først og fremst var en sak for det offentlige å ta seg av. I praksis har imidlertid skrankene etter de to bestemmelsene ikke vært praktisert vesensforskjellig.

Industrikonsesjonslovens utgangspunkt er at statsforetak, norske kommuner og fylkeskommuner gis konsesjon for et bestemt tidsrom av inntil 60 år, jfr. Ikl. § 2, post 17. Hovedregelen for denne gruppen er imidlertid at ervervskonsesjon gis på ubegrenset tid⁷. Det heter i Ikl § 4, 3. ledd at konsesjonsmyndighetene ”kan” meddele slik

⁷ Denne regelen foreslås opphevet i høringsnotat av 29. november 2002 fra OED.

konsesjon, men forarbeidene gir anvisning på at dette skal være hovedregelen. I praksis har også konsesjoner etter § 4 blitt gitt uten tidsbegrensning. Til tross for denne praksisen, står det fritt opp til konsesjonsmyndighetene å vurdere om konsesjon til kommuner osv skal tidsbegrenses. Utløpet av en tidsbegrenset konsesjon etter § 4 medfører imidlertid ikke at det konsederte vannfallet med tilhørende innretninger hjemfaller til staten. Konsesjonæren som har fått meddelt en tidsbegrenset konsesjon, vil ved utløpet av denne måtte søke ny konsesjon, eventuelt at det konsesjonspliktige vannfall må overdras til noen som kan få konsesjon eller som ikke trenger det, jfr. Ikl. § 31. Olje- og energidepartementet (OED) har i skriv av 29.11.02 sendt ut til høring, forslag om endringer i lovgivningen slik at det ikke lenger vil bli adgang til å gi konsesjoner på ubegrenset tid. Hjemfallsrett vil da eventuelt innføres for alle tidsubestemte konsesjoner, herunder inntre 60 år etter at endringsloven trer i kraft.

Dersom det offentlige eierskapet i aksjeselskaper, allmennaksjeselskaper, andelslag og andre sammenslutninger synker under 2/3, vil vilkårene for tidsubegrenset konsesjon ikke lenger være oppfylt. I slike tilfelle oppstår forkjøpsrett for staten til aksjene eller partene i selskapet på nærmere vilkår, jfr. Ikl § 4, 1. ledd, 3. punktum. De tidsubegrensete konsesjonene omgjøres slik at det fastsettes vilkår om hjemfall etter Ikl. § 2, 4. ledd, post 17 dersom forkjøpsretten ikke gjøres gjeldende. Både tidsbegrensede og tidsubegrensede konsesjoner kan imidlertid tas opp til alminnelig revisjon etter 30 år, jfr. Ikl § 5 a.

2.1.4 Private produsenter

Et kraftverk regnes som privat når den offentlige eierandel går under 2/3. Når private får en eierandel over 1/3, oppstår statens forkjøpsrett, jfr. Ikl. § 4, 1. ledd og ovenfor. Det er hovedsakelig store industribedrifter som Elkem og Norsk Hydro som i dag utgjør de private produsenter i Norge.

Utenlandske private aktører og utenlandske offentlige aktører ble gjennom en lovendring i 1994 omfattet av loven for å tilpasse konsesjonslovene til EØS-avtalen, jfr.

Ikl. §§ 2 og 5: ”norske statsborgere og statsborgere i andre stater som er parter i EØS-avtalen, andre utlendinger og juridiske personer” og bestemmelsenes 2. ledd.

Lovendringen medførte at utenlandske aktører ble likestilt med norske statsborgere. Det er vanskelig å se hvilke rettssubjekter som er direkte avskåret og faller utenfor lovens ordlyd. En må av dette kunne trekke at alle og enhver kan få konsesjon.

Som hovedregel kan private rettssubjekter etter lovens § 2 få konsesjon til å erverve eiendomsrett til vannfall som er underlagt konsesjonsplikt etter Ikl. § 2, 1. ledd. Den såkalte hjemfallsretten medfører at erverv av konsesjon til eiendomsrett gis for et tidsrom av inntil 60 år fra konsesjonens meddelelse og at ”vannfallet med alle de innretninger hvorigjennom vannets løp og leie forandres, så som damanlegg, kanaler, tunneler, bassenger, rørledninger m.m., de til utbyggingen og kraftanlegget ervervede grunnstykker og rettigheter, kraftstasjonene med tilhørende maskineri og annet tilbehør samt arbeiderboliger og andre bygninger, som hører med til kraftanlegget” tilfaller staten med full eiendomsrett og uten vederlag, jfr. Ikl. § 2, 4. ledd, post 17.

Private rettssubjekter kan også få konsesjon til erverv av bruksrett eller langsiktig disposisjonsrett til vannfall. Det siste fremgår av Ikl. § 5, 1. ledd. Det er imidlertid en forutsetning for erverv av bruksrett og langsiktig disposisjonsrett etter denne bestemmelsen at vannfallene tilhører staten, statsforetak, norske kommuner eller fylkeskommuner. Bakgrunnen for dette regelverket har sin begrunnelse i hjemfallsinstituttet. Grunneierne kunne omgå hjemfall til staten ved å leie bort sine vannfall. Men bortleie av offentlige vannfall til private ble ansett for å være av stor økonomisk betydning for kommunene, fylkeskommunene, staten og statsforetak. Derfor burde ikke bortleie være ulovlig etter loven.

Konsesjonstiden er, som for erverv av eiendomsrett, 60 år uavhengig av om det gjelder bruksrett eller langsiktig disposisjonsrett, jfr. Ikl § 5, 3. ledd, post 1. Det gis i praksis ikke konsesjon for kortere tidsrom enn dette⁸. Det går frem av Ikl. §§ 2 og 5 at konsesjon kan innvilges ”under særlige omstendigheter”. Således kan det synes som det

⁸ Falkanger og Haagensen, Vassdrags og energirett, s. 272.

stilles strengere krav overfor private regulanter enn for kommuner, fylkeskommuner og offentlige selskaper, jfr. ”allmenne hensyn ikke taler derimot”. Jeg viser her til det som er sagt om dette ovenfor, under offentlige erververe.

Konsesjonsplikten i § 1 gjelder fall som ikke tidligere har vært underlagt konsesjonsbehandling. For videre overdragelse av konsederte rettigheter følger konsesjonsplikten av Ikl § 2, post 22. Her heter det at erververen må underkaste seg ”de i den opprinnelige konsesjon fastsatte betingelser”. Dette må imidlertid nyanseres for det som angår overdragelse av vannfall fra offentlige eiere til private og omvendt. Konsesjonsvilkårene er forskjellige. Er den nye erververen en norsk kommune eller fylkeskommune, er det adgang etter Ikl § 2, post 22 til å frafalle de vilkår som ikke er obligatoriske i konsesjoner til slike rettssubjekter, jfr. Ikl. § 4, 3. og 4. ledd. Dette innebærer blant annet at vilkåret om hjemfallsrett kan falle bort, og konsesjonen kan gis uten tidsbegrensning. Konsesjonsbetingelsene kan forøvrig endres dersom vedkommende erverver søker om dette, jfr. § 27⁹.

2.2 Vassdragsreguleringsloven

Vassdragsreguleringsloven 14. desember 1917 nr. 17 oppstiller krav om konsesjonsplikt for vassdragsreguleringstiltak som fremmer industrielle formål, jfr. lovens § 2. Selv om man har eiendomsrett til fallet, kreves det egen tillatelse etter denne loven for å foreta reguleringer av et vassdrags vannføring når dette skal brukes til kraftproduksjon. Vassdragsreguleringer skal ifølge vregl. § 1 første ledd forstås som ”anlæg eller foranstaltninger til regulering av et vassdrags vandføring, derunder ogsaa utvidelse eller forandring av ældre reguleringsanlæg”. Loven gir i all hovedsak hjemmel for å pålegge konsesjonæren de samme vilkår som etter industrikonsesjonsloven, men det kan i tillegg pålegges særskilte vilkår for å redusere skadene i vassdraget som følge av reguleringen, jfr. §§ 11-13. Det sentrale vilkåret er manøvreringsreglementet, jfr. § 12, post 12. Reglementet inntas som en atskilt del av selve konsesjonen, og fastsetter hvilke

⁹ Mer om dette i ”Marius” nr. 296, Carlos A. Urquieta, Industrikonsesjonsloven: Offentlig styring av fallrettigheter og EØS-rettslige skranker, Sjørettsfondet, 2003.

grenser som skal gjelde for regulering av vannføring og magasiner. Det fastsettes blant annet en høyeste og laveste regulert vannstand og bestemmelser om minstevassføring.

Reguleringskonsesjon gis, som ervervskonsesjon, for et bestemt tidsrom av inntil 60 år, jfr. § 10, post 1. Konsesjon til kommuner, fylkeskommuner, statsforetak og selskaper hvor minst 2/3 av stemmene og kapitalen eies av statsforetak eller kommuner/fylkeskommuner, kan gis på ubegrenset tid, jfr. § 10, post 2. Vilkåret er at reguleringen hovedsakelig skal utnyttes til alminnelig kraftforsyning og at hensynet til andre allmenne interesser ikke taler mot å gi konsesjon på ubegrenset tid. Systemet er det samme som etter industrikonsesjonsloven.

Ervervskonsesjon og reguleringskonsesjon gis så godt som alltid samtidig.

2.3 Forholdet til vannressursloven

Vannressursloven trådte i kraft 1. januar 2001, og erstatter vassdragsloven fra 1940. Loven har til formål å ”sikre en samfunnsmessig forsvarlig bruk og forvaltning av vassdrag og grunnvann”, jfr. lovens § 1. Vannressursloven er en generell lov som gjelder alle typer tiltak i vassdrag. Selv om en kraftutbygger har eiendomsrett til fallrettighetene og regulering av vassdraget ikke er nødvendig, kan inngrep i vassdraget som er nødvendig for å utnytte kraften, kreve særskilt tillatelse etter denne loven. Etter § 8 vil som hovedregel tiltak som kan være til ”nevneverdig skade eller ulempe for noen allmenne interesser”, være avhengig av konsesjon.

Vassdragsreguleringsloven anses som en spesiallov (lex specialis) som går foran vannressursloven når det gjelder de deler av anlegg som omfattes av en tillatelse etter Vregl. Dette går frem av forarbeidene til vassdragsloven av 1940¹⁰ der det heter at spesialbestemmelsene i vassdragsreguleringsloven gikk foran de alminnelige regler i vassdragsloven så langt de rakk, men at vassdragsloven for øvrig vil supplere vassdragsreguleringsloven. Da vannressursloven avløste vassdragsloven ble, dette klargjort ved at vassdragsreguleringsloven fikk et nytt annet ledd i § 1 der det slås fast

¹⁰ Ot. prp. nr 65 (1939), s. 94.

at ” For tiltak som behandles etter denne lov, gjelder også vannressursloven så langt det ikke er fastsatt særskilte regler i loven her”. Konsekvensen av dette blir at dersom deler av en utbygging ikke går under Vregl., må de behandles etter vannressursloven¹¹.

2.4 Forholdet til energiloven

Energiloven av 29. juni 1990, nr. 50 gir rammene for organiseringen av kraftforsyningen i Norge. Loven legger til rette for konkurranse innen kraftproduksjon og omsetning. Av lovens formålsparagraf (§ 1-2) framgår det at loven skal ”sikre at produksjon, omforming, omsetning og fordeling av energi foregår på en samfunnsmessig rasjonell måte, herunder skal det tas hensyn til allmenne og private interesser som blir berørt”. Loven regulerer og fastsetter vilkår gjennom ulike konsesjonsordninger blant annet for planlegging, bygging og drift av elektriske anlegg, for kraftomsetning og nettvirksomhet, utenlandshandel med kraft, energiplanlegging og ekspropriasjon av anlegg. Energiloven er ikke ment å skulle overlappe vassdragslovgivningen, men kan få betydning i forhold til tiltak som ikke fanges opp av denne. Det kan for eksempel dreie seg om utbygginger som skriver seg fra før konsesjonslovgivningen og derfor er konsesjonsfrie. Det fremgår for øvrig av lovens § 1-1, 3 ledd at loven ikke gjelder erverv av eiendomsrett eller bruksrett til vannfall og reguleringer og utbygging av vassdrag. Det må forutsettes at også erverv av langsiktig disposisjonsrett til vannkraftressurser omfattes av denne bestemmelsen med tanke på konsesjonslovgivningens system. Disposisjoner og tiltak som omfattes av Ikl. eller Vregl. omfattes således ikke av loven. Dersom kraftverket etableres som ledd i en vannkraftutbygging, får energiloven imidlertid anvendelse for så vidt angår den elektriske utrustningen i kraftverket og tilhørende kraftledninger¹². Enl. § 2-1, 4. ledd, regulerer samordningen av de respektive konsesjonssøknadene.

¹¹ Mer om dette i Falkanger/ Haagensen, Vassdrags- og energirett, s. 292 flg.

¹² Falkanger/ Haagensen, Vassdrags- og energirett, s. 657.

3 Kort om de ulike fallrettighetene

Jeg vil i det følgende ta for meg de ulike fallrettighetene, dvs. eiendomsrett, bruksrett og langsiktig disposisjonsrett til vannfall. Formålet med dette er å påpeke hva som karakteriserer disse og få frem noen av de praktiske og teoretiske forskjeller som gjør seg gjeldende. Når det gjelder avtaler om erverv av langsiktig disposisjonsrett til vannfall, vil behandlingen av disse typer avtaler komme i de etterfølgende kapitler og avsnitt. En analyse av disse og deres innhold er oppgavens hovedtema.

3.1 Eiendomsretten til vannfall

Hovedregelen i norsk rett er at vassdragene, herunder vannfall, er gjenstand for privat eiendomsrett, jfr vannressursloven (vrl) § 13,1. Regelen fastslår at vassdrag tilhører grunneier dersom ikke annet følger av særlig rettsforhold. Reservasjonen omfatter at annet kan følge av særlig rettsgrunnlag, herunder fraskillelse av vassdrag fra den aktuelle eiendom og overførsel til andre eiere, hevd, alders tids bruk, ekspropriasjon osv¹³. Vannet som substans er unntatt denne eiendomsretten, jfr. Rt 1922 s. 489, slik at det bare er grunnen og rådigheten over vassdraget som tilhører den faste eiendommen. Det har vært noe diskusjon om hvordan eiendomsretten skal defineres for vassdragene. I Ot. prp. nr. 39 (1998-99) uttales det på side 82 at ”Som utvalget understreker kan det være lite treffende å betegne råderetten over vassdrag som en eiendomsrett, og innholdet av den private eiendomsretten kan derfor være noe svakere når det gjelder vassdrag enn for grunnarealer. Selv om det hevdes at valg av terminologi ikke bør få rettslige konsekvenser, vil begrepet eiendomsrett likevel kunne indikere et mindre rom for å utvide allemannsretten og et sterkere ekspropriasjonsrettslig vern”. Det som imidlertid er klart, er at utgangspunktet for eiendomsrettsbegrepet generelt er at eieren har den totale og eksklusive rådighet (herunder faktisk og rettslig rådighet), men at det eksisterer en rekke modifikasjoner¹⁴. Denne rådigheten medfører således at vannfall fritt kan overdras dersom konsesjonbestemmelsene overholdes. På bakgrunn av utgangspunktet om den totale og eksklusive rådighet, er eiendomsretten tradisjonelt sett

¹³ Falkanger/ Haagensen, Vassdrags- og energirett, kap. 3.1.

¹⁴ Falkanger, Tingsrett, s. 44 flg.

negativt utformet, d.v.s at den gir alle de beføyelser som ikke særskilt er unntatt gjennom begrensede rettigheter og lovhjemlede forbud og reguleringer.

Høyesterett gav i Rt. 1918 s 401 – ”Hjemfallsrettssaken” – en definisjon av eiendomsretten i tillegg til å fremholde lovgivers kompetanse til å beskjære denne. Saken gjaldt eiendomsrett til vassdrag og krav om erstatning på grunn av at hjemfallsinstituttet i lkl. medførte lavere pris ved salg. ”Eiendomsretten til en gjenstand er efter en formentlig fastslaat definition retten til at raade over sin eiendom med de almindelige indskrænkninger, som flyter umiddelbart av loven eller retsordenen. Det er klart at den lovgivende magt har og maa ha utstrakt beføielse til at begrænse eiendomsretten saaledes at eierens raadighet kun utøves overensstemmende med de forskjellige hensyn, som samfundsforholdene og samfundsutviklingen til enhver tid gjør det nødvendig at ta i betraktning”. Videre het det at det av lovgivningen går frem at lovgivende myndigheter i stor utstrekning hadde satt grenser for eierens rådighetssfære. Den lovgivende makt måtte være bemyndiget til også i framtiden å utvide eller innskrenke disse grensene. Dette så langt den fant det nødvendig eller ønskelig bortsett fra dersom kompetansen til den lovgivende makt ble overskredet. Høyesterett tilsluttet seg senere til det som ble uttalt i denne dommen i Rt. 1970 s. 67. Saken slo fast at lovgiver har kompetanse til å regulere eierens rådighet. Spørsmålet som da dukker opp er hvilke reguleringer som utløser et erstatningskrav etter Grl. § 105. Jeg går ikke nærmere inn på dette, men nevner kort at som en konsekvens av at vannfallet tilhører grunneieren, nyter dette ekspropriasjonsrettslig vern.

3.2 Bruksretten til vannfall

På et formuesgode kan det hvile en rekke rettigheter som gir rettighetshaveren en positivt avgrenset faktisk og/eller juridisk rådighet. Dette gjelder ulike typer formuesgoder såvel som fast eiendom, herunder vassdrag og vannfall.

Eierrådigheten i vassdrag kan deles inn i ulike enkeltbeføyelser. Eksempler er rett til vannuttak, til oppdemning og disponering av vannfall. Slike rettigheter kan bli overført til andre enn grunneieren slik at erververen av den aktuelle rettighet får en begrenset rett

i vassdraget. Erverv av bruksrett har således et bestemt formål. Formålet med erverv av bruksrett til vannfall er ofte produksjon av elektrisk kraft og videresalg av denne. Erververen får rådighet over vannfallet og står for den tekniske og økonomiske driften. Deretter omsettes produksjonen i markedet for egen regning og risiko.

I utgangspunktet er det fri adgang til å stifte bruksrettigheter i vassdrag og til å overføre dem¹⁵. Som tidligere nevnt, er imidlertid erverv av bruksrett til vannfall som ved regulering antas å kunne utbringe mer enn 1000 naturhestekrefter, konsesjonsbelagt i henhold til Ikl § 1, jfr. Ikl §§ 4 og 5. I motsetning til eiendomsrettens negative avgrensning, har bruksretten tradisjonelt vært gjenstand for positiv avgrensning. En bruksrett må i utgangspunktet utøves innenfor den rammen som fremkommer i stiftelsesgrunnlaget. Det kan imidlertid være problematisk å fastslå hvor grensen for disse rammene går dersom det blir snakk om annen eller utvidet bruk av bruksrettighetene. Følgende eksempler illustrerer problemstillingen: I Rt. 1965 s. 272 var tilfellet at Hadeland Glassverk hadde ervervet rett til uttak av vann med fallrettigheter fra Moes-elven. Retten til vannuttaket var ikke begrenset til noe bestemt formål. Høyesterett kom frem til at glassverket hadde stor frihet til valg av formål ut i fra den drift som til enhver tid var aktuell. Det verket selv ikke benyttet var det imidlertid ikke adgang til å selge til andre. Rt. 1962 s. 162 gjaldt overføring av en oppdemningsrett som var benyttet av en allmenning, til kraftproduksjon ved Hakadal bruk. Her la Høyesterett til grunn at dette ville representere en formålsoverskridelse av retten slik denne var benyttet av allmenningen. Overføringen til kraftproduksjon kunne derfor ikke godkjennes. Jeg går ikke videre inn på dette spørsmålet, men nevner at det i teorien er blitt innfortolket både en saklig og en fysisk grense for rettsutøvelsen av bruksretten, med utgangspunkt i stiftelsen og senere bruk av retten¹⁶.

¹⁵ Falkanger/ Haagensen, Vassdrags- og energirett, s. 162.

¹⁶ Falkanger/ Haagensen, Vassdrags- og energirett, s.163 flg.

3.3 Langsiktig disposisjonsrett til vannfall

Det går frem av avhandlingens tittel at formålet med denne oppgave er å analysere og forsøke å belyse hva som ligger i uttrykket ”avtaler om erverv av langsiktig disposisjonsrett til vannkraftressurser”. Jeg vil derfor i det følgende kapittel behandle dette.

4 Nærmere om erverv av langsiktig disposisjonsrett til vannkraftressurser

4.1 Bakgrunnen for lovforslaget

Bestemmelsen om konsesjonsplikt for avtaler om erverv av langsiktig disposisjonsrett til vannkraftressurser ble tilføyet ved endringslov av 25. juni 1999 nr. 52¹⁷.

Lovforslaget om å innta en slik bestemmelse i industrikonsesjonsloven ble fremsatt i Ot.prp.nr. 19 (1998-1999). Bakgrunnen for lovforslaget var at departementet ble gjort kjent med disposisjoner over vannfallrettigheter som førte til en uthuling av den statlige ressursforvaltningen med styring og kontroll gjennom industrikonsesjonslovgivningen¹⁸. Regelverket på den tid lovforslaget ble fremsatt, oppstilte ikke konsesjonsplikt ved erverv av langsiktig disposisjonsrett til den kraften vannfallet utbragte, for eksempel ved utleie av retten til uttak av kraft.

For å forstå bakgrunnen for lovendringen og sakene som lå til grunn for lovforslaget anser jeg det nødvendig å omtale fylkenes medieiendomsrett ved utbygging av statens vannkraft. Medieiendomsretten og en fylkeskommunes behandling av denne var foranledningen til lovendringen som ble gjennomført i 1999.

¹⁷ Forarbeidene er Ot. prp. nr. 19 og Innst. O nr. 68 (1998-99).

¹⁸ Ot. prp. nr. 19. (1998-99).

4.1.1 Fylkeskommunenes medeiendomsrett

Rammene for utøvelse av fylkeskommunalt medeiendomsrett (=medeierskap) fremkommer av St.prp.nr.157 (1981-1982) samt Innst.S.nr.152 (1982-1983). Spørsmålet om medeiendomsrett ble første gang behandlet i St.meld.nr. 97 for 1970-71¹⁹. Industrikomiteen var samlet når den anså som ønskelig at Statskraftverkene gav fylkeskommuner og regionale kraftverk anledning til å delta som partnere ved utbyggingsprosjekter innenfor sitt distrikt, når dette kunne gjennomføres rasjonelt. I Innst.S.nr. 206 (1972-73) fikk Hordaland fylkeskommune tilslutning i sitt krav om medeiendomsrett i Eidfjord-utbyggingen. Det var den tidligere forvaltningsbedriften Statkraftverkene som tilsto fylkeskommunene denne retten.

Medeiendomsrett betyr i denne sammenheng at en fylkeskommune får en avtalemessig rett til å disponere en bestemt andel av et statlig kraftverks produksjon mot å dekke en tilsvarende del av utgiftene. Kraften forutsettes kanalisert gjennom et fylkesomfattende kraftverk eller flere regionale kraftselskaper i fylket. Som vederlag for en slik rett skal fylkeskommunen dekke sin forholdsmessige andel av kraftverkets totale kapitalbehov og årlige utgifter for de(t) aktuelle kraftverk. Staten skal på sin side ha ansvaret for planlegging, bygging og drift av kraftverket, samt disponere kraftverkets øvrige produksjon²⁰. Fylkeskommunen tar selv avgjørelsen om den skal akseptere tilbudet.

Fylkeskommunenes medeierskap kan i henhold til St.prp.nr. 157 (1981-82), s. 32, karakteriseres rettslig på følgende måte:

- En rett til innenfor bestemte rammer å disponere en bestemt andel av et statlig kraftverks produksjon mot å dekke en tilsvarende del av kraftverkets kapitalbehov og årlige driftsutgifter.
- Avtalefestet adgang til å pantsette rettighetene som sikkerhet for låneopptak etter nødvendig samtykke fra staten som hjemmelshaver. Avtalen skal kunne kreves tinglyst.

¹⁹ Innst. S nr. 152. (1982-83), s 1.

²⁰ Innst. S nr. 152. (1982-83), s 1.

OED la til grunn i proposisjonen at det ikke var nødvendig med ervervskonsesjon etter industrikonsesjonsloven på bakgrunn av medeierskapets utforming. Det ble påpekt at fylkeskommunens deltagelse ville bli av passiv karakter fordi medeierskapet skulle praktiseres uten opprettelse av egne selskaper med nye organer. Dette siste ville, i departementets øyne, kunne være til hinder for Statskraftverkene i rasjonell planlegging, bygging og drift av kraftanleggene.

Det følger av proposisjonen at avgjørelsen om at medeiendomsrett skal tildeles eller ei, eventuelt til hvilke organer, hvor stor andelen skal være, samt hvilke vilkår som skal settes, avhenger av en vurdering og avveining av forskjellige forhold. Sentrale punkter i avveiningen skulle være løfter gitt av Stortinget og Regjeringen, de forventninger som var skapt i distriktene og de ulemper medeierskapet ville skape for Statskraftverkene når det gjaldt utjevning av kraftdekningen for alminnelig forsyning og mulighetene for å oppfylle målsettingen om tildeling av ny kraft til kraftintensiv industri.

Selv om en fylkeskommune ble tildelt medeierskap, så imidlertid OED det slik at Statskraftverkene burde ha eneansvaret for planlegging, prosjektering, bygging, drift og samkjøring av alle statens anlegg for å sikre et best mulig samfunnsmessig resultat. Dette skulle også gjelde der en fylkeskommune ble tildelt medeierskap.

Fylkeskommunen fikk på sin side en avtalefestet rett til å disponere den effekt og den energi fra anlegget som den har behov for til å dekke det alminnelige forbruk innen distriktet. Videre kunne fylkeskommunen bruke sin andelskraft for å dekke kraftleveranser til kraftintensiv industri innen fylket i tråd med det som sentrale myndigheter prioriterte innenfor de rammer som ble fastlagt for slik industri. Fylkeskommunen måtte samtidig holde seg innenfor rammen av sin andel av produksjonen i anlegget. Overskudd på andelskraft innen fylket skulle stilles til disposisjon for Statskraftverkene.

Stortinget sluttet seg til departementets opplegg ved behandlingen av proposisjonen²¹.

²¹ Innst. S nr. 152 (1982-83).

Flere fylkeskommuner inngikk avtaler om medeierskap ved utbygging av statens vannkraft basert på Stortingets tilbud. Avgjørende for om medeiendomsrett skulle tildeles i det enkelte utbyggingsprosjekt, og hvor stor andelen skulle være, berodde på en vurdering av de enkelte utbyggingsprosjekt. Det ble blant annet lagt vekt på størrelsen av de vannkraftressurser som var lokalisert i fylket, befolkningsmengde, forbruk av elektrisk kraft til alminnelig forsyning og kraftkrevende industri, og på egendekning for elektrisk kraft til alminnelig forsyning. Proposisjonen gjaldt medeierskap for Rogaland, Hordaland og Nordland fylkeskommuner i henholdsvis Ulla-Førre- (15 %), Eidfjord- (35%) og Kobbelv-anleggene (30%). Prosentandelen angir delene av den totale produksjonen. Jeg vil senere komme inn på medeierskapsretten og forholdet til kommunenes og fylkeskommunenes lovbestemte krav på 10 % konsesjonskraft fra statens anlegg, jfr Ikl §2, post 12.

4.1.2 De utløsende forhold for lovendringen

Nordland Fylkeskommune inngikk på 80- og 90-tallet avtaler med Statkraft om retten til medeierskap blant annet ved to ulike utbyggingsprosjekter; Kobbelv- og Stor-Glomfjordvassdraget (Svartisen kraftverk som ble navnet på resultatet av utbyggingen).

Når det gjelder Kobbelv, utøvde fylkeskommunen retten til medeierskap gjennom avtale med Statkraft 22.09.86, basert på Stortingets tilbud. Troms kraft AS inngikk senere avtale om å disponere halvdelen av medeiendomskraften i Kobbelv. (Troms Kraft AS er en offentlig eid virksomhet der Troms fylkeskommune har 60 % og Tromsø kommune har 40 % av aksjene). Til gjengjeld skulle Troms Kraft AS betale et kontantbeløp og dekke de løpende kostnader. Retten til å disponere kraften ble tidsbegrenset til 55 år. Den andre halvdel ble allokert til Nordkraft AS.

For Stor-Glomfjordutbyggingens vedkommende inngikk Nordland fylkeskommune kontrakt med Statkraft SF den 23.04.98²² om medeierskap ved denne utbyggingen.. Samme dag vedtok Nordland fylkesting å la AS Nordlandskraft, som medeiendomsretten var kanalisert gjennom, inngå avtale med det amerikanskeide selskapet Eastern Group PLC, med sete i England, og Lunds Energi AB, om uttak av meddeiendomskraften i Svartisen kraftverk (Stor-Glomfjord). A/S Nordlandskraft var eid av fylkeskommunen og offentlige kraftselskaper i Nordland.

For Kobbelvs vedkommende inngikk fylkeskommunen og A/S Nordlandskraft, som nevnt, avtale med Nordkraft A/S og Troms Kraft A/S om rett til å disponere kraften i 55 år. Sistnevnte selskapers kontantbeløp var imidlertid ikke tilstrekkelig til å dekke gjestående lån. Dette førte til at Nordkraft A/S og Troms Kraft A/S inngikk avtaler med Eastern Group PLC og Lunds Energi AB om videre overdragelse av rett til uttak av kraft i henhold til medeiendomsretten. Det ble følgelig inngått to avtaler med Eastern Group PLC, en for Svartisen og en for Kobbelv. Tilsvarende avtaler ble inngått med Lunds Energi AB. Alle fire avtalene ble inngått samtidig (23. april 1998, signert 18. august s.å.). Eastern Group PLC og Lunds Energi AB skulle i motytelse for uttak av kraften betale et kontantbeløp og dekke de løpende kostnader.

Bakgrunnen for å inngå disse avtalene var, slik fylkeskommunen så det, en følge av at det ikke var mulig å finansiere medeiendomsretten på tradisjonell måte. For å gjøre fylkeskommunen i stand til å gjøre bruk av denne retten som var tilbudt av Stortinget, og med bakgrunn i resultatet som fulgte av forhandlingene med Statkraft SF, så Nordland Fylkeskommune seg nødt til å forhandle med interessenter om avtak av kraften. Fylkeskommunen så dette som den eneste mulige måte å ta hånd om medeiendomsretten på og dermed sikre gevinst både på kort og lang sikt. Det var imidlertid en betingelse for Nordland fylkesting ved inngåelse av kontraktene at avtalen var tidsbegrenset (55 år), i tillegg til at medeiendomsretten helt og udelt skulle tilligge fylkeskommunen etter avtaleperiodens utløp²³.

²² Brev av 28.05.99 fra Fylkesordfører i Nordland til OED, .

²³ Brev av 28.04.98 fra fylkesordføreren til Statsråd Marit Arnstad, ref. 95/00686-138/uh.

I forbindelse med prosessen vedrørende avtaleinngåelsen mellom Nordland fylkeskommune og Statkraft SF om medeiendomsrett i Svartisen kraftverk (Stor-Glomfjord) oppstod uenigheter. (Kobbelv inngikk som nevnt avtale med Statkraft i 1986). Ifølge fylkeskommunen måtte vanskene tilskrives endringene i forbindelsene med omorganiseringen av de gamle Statskraftverkene og opprettelsen av Statkraft SF²⁴. Forhandlingene mellom Statkraft SF og Nordland fylkeskommune ble bragt til ende i januar 1998, først etter flere initiativ fra Stortinget.

Problemene bestod i at Statkraft SF vegret seg for å underskrive avtalen om medeiendomsrett i Stor-Glomfjord uten etter samtykke fra departementet. Slikt samtykke ble gitt av departementet først i august 1998²⁵. Bakgrunnen for dette var at Statkraft hevdet at medeiendomsretten var forutsatt å tilligge fylkeskommunen som en uoverdragelig rettighet, og kraften var ment å være et gode for befolkningen og næringslivet i Nordland. Kontraktene med Eastern Group og Lunds Energi ville innebære at ”medeiendomsretten ble leid ut en bloc på meget langsiktige vilkår til selskaper utenfor Nordland fylke”²⁶. Ifølge Statkrafts syn ville oppfyllelsen og gjennomføring av disse avtalene bryte med grunnleggende intensjoner bak ordningen med fylkeskommunal medeiendomsrett. Tilbudet om medeiendomsrett var gitt ut fra politiske målsetninger og ikke som ledd i Statkrafts forretningsmessige virksomhet. Statkraft så det slik at de satte et politisk vedtak ut i livet når medeierskapsavtalen ble inngått. Ettersom intensjonene bak medeiendomsretten i deres øyne ikke ble innfridd slik fylkeskommunen hadde til hensikt å disponere rettigheten, nektet Statkraft å inngå avtalen uten etter det foran nevnte samtykket fra departementet. De mente dette dreide seg om spørsmål som angikk konsesjonsbestemmelsene. Fylkeskommunen på sin side hevdet at Statkrafts intensjon var å kjøpe tilbake medeiendomsretten uten mulighet for fylkeskommunen til å utnytte denne tildelte retten på sikt. De mente at det ikke eksisterte hjemmel for å kreve godkjenning av departementet og fant ikke at en slik

²⁴ Brev av 19.01.99 fra fylkesrådmannen i Nordland til OED, ref 95/00686-242.

²⁵ Brev av 25.08.98 fra OED til Statkraft SF, ref. 98/1936.

²⁶ Brev av 30.04.98 fra Statkraft SF til OED, ref. 9405125.

forutsetning kunne innfortolkes i kontraktene med Statkraft eller i Stortingets tilbud²⁷. Videre pekte de på at det for Kobbelv allerede forelå underskrevet kontrakt og at Statkraft SF var rettslig forpliktet også av kontrakten vedrørende Svartisen. Fylkeskommunen hevdet også at ingen bestemmelser i kontraktene eller i tilbudet fra Stortinget var brutt gjennom de avtaleforhold som var etablert overfor Eastern og Lunds. Følgelig anså de det slik at de inngåtte avtaleforhold med tredjeparter ikke reiste noen konsesjonsrettslige spørsmål. Fylkeskommunen pekte videre på at det forelå forpliktende avtaleforhold med Eastern og Lunds som partene var bundet til å følge opp. Fylkeskommunen hevdet også at en hindring av avtalene ville kunne påføre denne og de involverte kraftselskaper stor skade. Det kunne skje ved at medeiendomsretten gikk tapt, noe som i sin tur ville bety at Statkraft SF uberettiget ble tilgodesett på bekostning av fylkeskommunen. Det ble også pekt på at Statkraft SF på linje med øvrige interessenter var gitt mulighet til å gi bud når fylkeskommunen av økonomiske hensyn, ønsket å overdra rettighetene til tredjemann²⁸. Etter budfristens utløp ble Statkraft SF således direkte oppfordret av fylkeskommunen til å gi bud. Samtidig ville kraftselskapene få problemer ved å finne løsninger vedrørende Kobbelv. Det ble vist til at et enstemmig fylketing hadde samtykket i avtalene med Eastern og Lunds.

Departementet gav sitt samtykke til at Statkraft inngikk avtale om medeierskap for Stor-Glomfjordutbyggingen med Nordland fylkeskommune gjennom brev den 25.08.1998²⁹. Departementet så det slik at det for Stor-Glomfjordutbyggingens vedkommende ikke ville være mulig å oppfylle alle de forutsetninger som lå til grunn for Stortingets vedtak om utøvelse av medeierskap. Departementet kom til at hensynet til at fylkeskommunen skulle gis anledning til reelt å kunne motta en eierandel, var avgjørende, og henviste til Innst. S. nr 152 (1982-83) og St. prp. Nr. 157 (1981-82), der de politiske hensyn fremkommer, jfr. foran om medeiendomsretten. I korrespondansen der samtykket ble gitt, viste departementet til at det senere samme høst (1998) ville gi Stortinget en orientering om saken sammen med forslag til lovendringer for å hindre omgåelser av

²⁷ Brev av 04.06.98 fra fylkesordfører i Nordland til statsråd Marit Arnstad, ref 95/00686-168/vs..

²⁸ Brev av 04.06.98 fra fylkesordføreren i Nordland til statsråd Marit Arnstad, ref. 95/00686-168/vs.

²⁹ Brev av 25.08.98 fra OED til Statkraft SF, ref. OED 98/1936.

regelverket av vannkraftrettigheter. Av dette forstår man at departementet støttet Statkraft SFs syn om at avtalen mellom Nordland fylkeskommune og Eastern Group/Lunds Energi brøt med grunnleggende intensjoner bak ordningen med fylkeskommunal medeiendomsrett, og at det gikk på tvers av det system og de hensyn konsesjonslovgivningen var ment å skulle dekke.

4.1.3 Forarbeidene til lovendringen³⁰

Som en følge av Nordlands fylkeskommunes håndtering av medeiendomsretten ble forslaget om å innføre konsesjonsplikt for erverv av langsiktig disposisjonsrett til vannkraftressurser fremsatt i Ot. prp. nr 19 (1998-99). Her heter det at ”departementet har i den senere tid blitt gjort kjent med disposisjoner over vannfallrettigheter som har ført til en uthuling av den statlige ressursforvaltning med styring og kontroll gjennom industrikonsesjonsloven”. Departementet viser heretter til den foran omtalte sak om Nordland fylkeskommunes håndtering av medeierskapsretten ved Stor-Glomfjord- og Kobbelv-utbyggingen. Medeiendomsrettens rettslige sider gjennomgås deretter. Det heter videre i proposisjonen at datidens konsesjonsrettslige regelverk i forhold til erverv av eiendomsrett og bruksrett til vannfall ”ikke oppstiller konsesjonsplikt ved erverv av langsiktig disposisjonsrett til den kraften vannfallet utbringer, f. eks ved utleie av retten til uttak av kraft”. Ut fra hensynet til den statlige ressursforvaltning fant departementet det uheldig at en avtale mellom fylkeskommunen og tredjemann om langsiktig disponering av medeierskapskraften ikke var omfattet av konsesjonslovgivningen. Realiteten i avtalene mellom A/S Nordlandskraft og Eastern og Lunds innebar i departementets øyne en eksklusiv disponering i 55 år av en andel av vannfallene med reguleringer. Avtalene ble ikke omfattet av datidens konsesjonsregler fordi utleien ikke knyttet seg til det konsesjonsbelagte vannfallet, men til disponeringen av den kraften vannfallet utbrakte. Departementet mente imidlertid at avtaler om langsiktig disponering av vannkraftressurser reelt sett måtte betraktes som erverv av bruksrett til vannfall med reguleringer og derfor burde undergis konsesjonsplikt. En slik konsesjonsplikt burde derfor fremgå av industrikonsesjonslovens § 1. Innføring av konsesjonsplikt for avtaler

om erverv av langsiktig disposisjonsrett til vannkraftressurser i § 1 måtte følges opp med bestemmelser i industrikonsesjonsloven § 4 første ledd og § 5 første ledd om vilkår for at det kan gis konsesjon for slikt erverv. Eventuelle konsesjonspliktige erverv skulle konsesjonsbehandles etter de to sistnevnte bestemmelser.

Flertallet i Stortingets Energi- og miljøkomite tilrådte endringsforslaget i Innst. O. Nr. 68 (1998-99). Mindretallet, som bestod av komiteens medlemmer fra Fremskrittspartiet (2) og Høyre (2), gikk imot den foreslåtte lovendringen. Disse medlemmene mente at konsesjonslovgivningen stod i veien for en effektiv utnyttelse av kraftressursene og utestengte privat kapital. De var av den oppfatning at lovgivningen i mange tilfeller hindret realisering av ellers lønnsomme utbyggings- og opprustningsprosjekter og at dette tilsa at regelverket burde mykes opp isteden for å strammes til. De anså at de foreslåtte lovendringene ville redusere kommunenes, fylkeskommunenes og lokale kraftselskapers muligheter til å inngå langsiktige avtaler og samarbeid med hverandre, norske og utenlandske investorer. Videre ville avhengigheten av Statkraft som samarbeidspartner og Statkrafts dominans bli styrket.

4.2 Problemstillinger

Flere uklarheter kommer frem ved en nærmere analyse av bestemmelsene om erverv av avtaler om langsiktig disposisjonsrett til vannkraftressurser.

Departementet uttaler i proposisjonen at ”hvorvidt det foreligger et erverv av disposisjonsrett som krever konsesjon må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle. Langsiktigheten av avtalen vil her være et viktig moment”. Problemstillingen som melder seg, blir hvor ”langsiktig” en avtale må være for å utløse konsesjonsplikt.

I proposisjonen fremkommer det videre at i tillegg til langsiktige avtaler om uttak av medeierskapskraft vil bestemmelsene ”også omfatte *andre langsiktige avtaler om kraftdisponering* i form av kraftuttak eller kraftleie for videre omsetning uavhengig av

³⁰ Ot. prp. nr. 19 og Innst. O. nr. 68 (1998-99).

om det er meddelt konsesjon for erverv av vannfall og kraftanlegg tidligere”. (Min utheving). Spørsmålet blir dermed hva slags type avtaler det siktes til og hvilke avtaleforhold som omfattes. Er det eventuelt slik at langsiktige avtaler om kraftuttak utløser konsesjonsplikt dersom det ikke er noen medeierskapsavtale inne i bildet?

Som før nevnt, uttalte departementet at den foreslåtte bestemmelse først og fremst tok sikte på avtaler som reelt sett måtte betraktes som en form for erverv av bruksrett til vannfall med reguleringer. Problemstillingen blir derfor hva som utgjør forskjellen mellom erverv av bruksrett og langsiktig disposisjonsrett til vannfall/vannkraftressurser.

Ytterligere et spørsmål er hva som er det rettslige innholdet i Ikl. §§ 4 og 5. Hvilke vilkår vil stilles ved innvilgelse av konsesjon for erverv av langsiktig disposisjonsrett?

I proposisjonen gis det uttrykk for at erverver av rett til langsiktig disposisjonsrett skal ha meldeplikt til departementet om avtalen, dette for å få vurdert om kraftdisponeringen etter avtalen omfattes av konsesjonsplikten. Spørsmål som dukker opp i denne sammenheng vil være hvilke avtaler/ transaksjoner som er undergitt denne meldeplikten og hvor omfattende denne er.

Jeg vil diskutere ovennevnte problemstillinger i de følgende avsnitt.

For søknader om konsesjon for denne typen erverv av langsiktig disposisjonsrett henvises det i proposisjonen til industrikonsesjonslovens § 30 flg. som inneholder fremgangsmåten ved søknader og behandlingen av disse. Dette faller utenfor denne avhandlingens rammer, og jeg kommer ikke nærmere inn på dette.

4.2.1 Uttrykket ”vannkraftressurser” i Ikl § 1

Først skal det bemerkes at det i Ikl § 1, første ledd, siste punktum, heter at det er avtaler om langsiktig disposisjonsrett til ”vannkraftressurser” som rammes av konsesjonsbestemmelsene. Ordlyden skiller seg fra kravet om konsesjon for erverv av

eiendomsrett og bruksrett der begrepet som brukes er ”vannfall”. I Ikl §§ 4 og 5 brukes imidlertid ”vannfall” også for langsiktig disposisjonsrett. Formuleringen i §§ 4 og 5 kan vel ikke sies å være helt heldig, særlig med tanke på at formuleringene i utgangspunktet er vage. Realiteten er imidlertid den samme.

4.2.2 Hva er ”langsiktige” avtaler?

Ordlyden i industrikonsesjonsloven § 1 er klar. Det er avtaler om erverv av ”langsiktig” disposisjonsrett til vannkraftressurser som krever konsesjon. Langsiktigheten er sågar et viktig moment ved vurderingen av om konsesjonsplikten inntreffer.

Det følger av Ot. prp. nr. 19 at ”avtaler som i utgangspunktet er inngått for kort tid, men som har klausuler som gir rett til fornyelse samt suksessive avtaler vil også kunne sies å være langsiktige”. Dette er lite klargjørende. Forarbeidene inneholder lite informasjon som hjelper til med å oppklare dette spørsmålet. Er det her snakk om 5 år, 10 år, 30 år? Svaret på dette kommer i et skriv fra statsråd ved Olje- og energidepartementet Marit Arnstad til Energi- og miljøkomiteen på Stortinget som svar på brev fra komiteen og en betenkning angående lovendringen fra advokatfirma Thommessen Krefting Greve Lund AS³¹. Der uttaler statsråden at hun ”har forståelse for en nærmere klargjøring under lovsaken av hva som skal anses som langsiktig”. Det fremkommer deretter at avtaler med varighet inntil 20 år ikke vil regnes som langsiktige. Man har etter denne uttalelsen et begrep om hvor langsiktig en avtale om erverv av langsiktig disposisjonsrett til vannkraftressurser må være for å falle inn under konsesjonsbehandling. Spørsmålet blir imidlertid om en slik uttalelse skal tas bokstavlig slik at avtaler som strekker seg mot en varighet på 20 år, men ikke fullt, unngår krav om konsesjon. Hva med avtaler som knapt går over denne tidsbegrensningen? Svaret på dette kommer vel nokså klart frem av de nevnte uttalelser i proposisjonen der det heter at avtalene gjøres til gjenstand for en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. Langsiktigheten er et viktig moment i denne avveiningen. Imidlertid kan det tenkes at denne tidsmessige avgrensningen fører til at det oppstår usikkerhet med tanke på den nevnte meldeplikten. Vil avtaleparter, dersom

³¹ Brev av 17.02.99, OED 98/1936 EV LV

det dreier seg om en avtale som har en varighet mindre enn 20 år, unngå å få vurdert om kraftdisponeringen etter avtalen omfattes av konsesjonsplikten?

4.2.3 Hvilke overdragelser/ avtaler skal omfattes av konsesjonsplikten?

Det følger av forarbeidene at konsesjonsreglene om langsiktig disposisjonsrett til vannkraftressurser uttrykkelig skal omfatte avtaler om overdragelse av medeiendomsretten fra en fylkeskommune/ regionale kraftverk til tredjemann. Som jeg har påpekt, var jo disse rettighetene og disponeringen av dem utløsende årsak til lovendringen. Som tidligere nevnt er det på bakgrunn av medeierskapets utforming ikke nødvendig med ervervskonsesjon for fylkeskommunene etter industrikonsesjonsloven når det gjelder medeiendomsretten. Dette på bakgrunn av medeierskapets utforming. Imidlertid ble det ikke i Stortingsproposisjonen³² sagt noe om hvorvidt rettighetene skulle kunne overdras. Det er imidlertid opplagt at fylkeskommunen kan selge kraften de får tilgang til, videre. Poenget med å inngå disse avtalene var jo å gi, nettopp til den fylkeskommunen anleggene befant seg i, visse fordeler og sikre gevinst gjennom utnyttelse av den delen av kraftproduksjon de var tildelt.

Når det angår videre overdragelse av disse rettighetene er det ikke opplagt at videresalg eller avtaleinngåelser tilsvarende Nordland fylkeskommunes avtaler med Eastern Group og Lunds Energi skulle kunne gjennomføres uten at staten som eier av anleggene og stifter av rettighetene samtykket. Nordland fylkeskommune på sin side, så det slik at innholdet i medeiendomsretten var av en slik karakter at dette falt utenfor loven uavhengig av hvem som var erverver. Synspunktet hadde sitt utspring i en uttalelse i St. prp. nr. 157 (1981-82) om medeiendomsretten angående unntaket fra ervervskonsesjon: ”Fylkeskommunens deltakelse vil etter dette bli av passiv karakter og derved falle utenfor det område som reguleres av ervervsloven i henhold til lovens ordlyd og forarbeider”. Dette skulle ifølge Nordland fylkeskommune tilsi at ”en langsiktig rett til uttak av kraft som har en enda mer passiv karakter enn medeiendomsretten også faller utenfor anvendelsesområde for loven³³”. Departementet var ikke enig i dette, og fant at

³² St. prp. nr. 157 (1981-82).

³³ Brev av 28.04.98 fra Nordland fylkeskommune til statsråd Marit Arnstad, ref. 95/00686-138/uh.

ervert av rett til å disponere medeierskapskraft i realiteten innebar en rett til å disponere over vannkraftproduksjon. Hvorvidt det foreligger en konsesjonspliktig avtale om ervert av bruksrett for selv å forestå kraftproduksjon for videresalg eller en konsesjonsfri avtale om ervert av disposisjonsrett over medeierskapskraft for videresalg for egen regning og risiko innebar, i deres øyne liten realitetsforskjell³⁴. Det særegne forhold at en fylkeskommune gjennom medeierskapsordningen ble gitt anledning til å ta ut en andel av kraftproduksjon fra statens anlegg for kanalisering gjennom kraftselskaper i fylket, tilfredsstilte ivaretagelsen av konsesjonsordningenes hensyn om nasjonal styring og kontroll med utnyttelsen av vannfallsrettighetene som naturressurs. Dette hensynet slo til med full styrke dersom kraften isteden ble overdratt til utenforstående aktører i markedet for videresalg på langsiktige kontrakter. Disse aktørenes ervert av disposisjonsrett til kraft måtte derfor vurderes opp mot de hensyn konsesjonsordningene skulle tilgodese. Ved overdragelser som dette, der det oppstod en ervertslignende situasjon, gjorde de samme hensyn til nasjonal styring og kontroll seg gjeldende som ved ervert av regulær eiendoms- eller bruksrett. Ved å innføre konsesjonsplikt for å regulere slike langsiktige avtaler, oppnådde man lik behandling med andre ervert samtidig som en hindret en uthuling av den statlige ressursforvaltning i slike saker.

Man kan stille spørsmålet om man kunne sikret seg mot at avtaler, som tilsynelatende brøt med hensynene bak konsesjonsbestemmelsene, ble inngått på en annen måte. For eksempel kunne det skje ved at man i avtalen mellom fylkeskommunene og staten hadde inntatt avtalevilkår om at det ikke var adgang for fylkeskommunen til å overdra sine rettigheter til en tredjepart. Problemet ville på denne måten vært løst på et tidligere tidspunkt ved at det kunne slutes på forhånd hvordan rettighetene både for staten og fylkeskommunen kunne ivaretas i den videre håndtering.

³⁴ Brev av 19.04.99 fra statsråd Anne Enger Lahnstein til Stortingets energi- og miljøkomite.

Verken lovendringen eller saksforholdet for øvrig fikk konsekvenser for de allerede inngåtte avtaler mellom Nordland fylkeskommune og Eastern Group PLC og Lunds Energi AB.

Et spørsmålet som kan stilles, er om konsesjonsplikten også omfatter selve inngåelsen av medierskapsavtaler. Denne typer avtaler kan anses å medføre overdragelse av rett til uttak av kraft fra stat til fylke. I Ot.prp.nr. 19. (1998-99) fremgår det at det er fylkers videre overdragelse av rettighetene som skal reguleres. Overdragelse fra stat til fylkeskommuner omfattes ikke. Staten har selv stått for utarbeidelsen av avtalevilkårene og har trolig med overlegg unntatt slike avtaler for konsesjonsplikt. Jeg henviser her til de politiske målsettinger som fremkommer ovenfor.

Det skal påpekes at lovendringen ikke har gitt noen endringer i selve medierskapsinstituttet. Vilkårene for fylkeskommunenes medieiendomsrett slik de ble vedtatt av Stortinget, står fortsatt fast. På den annen side har staten pr. 01.01.1992 overdratt alle sine fallrettigheter til Statkraft SF, som er en egen juridisk person og aktør på markedet. Statens rolle som markedsstyrer må således sies å være historie. Som en følge av dette har staten ingen flere rettigheter eller utbygginger å tilby medieiendomsrett i. Det må legges til grunn at denne type rettigheter ikke vil bli tilbudt fylkeskommunene ved flere utbygginger.

Bestemmelsen innebærer i henhold til forarbeidene at den også vil omfatte *andre langsiktige avtaler om kraftidponering* uavhengig av om det er meddelt konsesjon for erverv av vannfall og kraftanlegg. Andre avtaler må i dette tilfelle være de som ikke omfatter medierskapsavtaler. Det heter også at "...vil bestemmelsen også omfatte andre langsiktige avtaler om kraftidponering i form av kraftuttak eller kraftleie for videre omsetning..". Bestemmelsen innebærer usikkerhet knyttet til hvilke overdragelser som tilsiktes omfattet av konsesjonsplikten. Lovendringen førte til reaksjoner også fra aktører på kraftmarkedet, deriblant tidligere EnFo (Energiforsyningens fellesorganisasjon), nå EBL (El-bedriftenes landsforening).

Ut fra forarbeidene kan det tenkes at enhver langsiktig fysisk kraftkontrakt er konsesjonspliktig etter Ikl § 1 og således skal underlegges konsesjonsbehandling etter §§ 4 og 5. I utgangspunktet kan en langsiktig kontrakt om fysisk levering av kraft ha samme verdi for kontraktspartene som en langsiktig disponering av en vannressurs. Et spørsmål som ble stilt blant annet fra EnFo³⁵, var om hensikten eller en utilsiktet konsekvens av lovforslaget var å stille opp en konsesjonsmessig oppfølging av transaksjoner med fysisk kraft og således foreta en inngripen i det etablerte engrosmarkedet. I utgangspunktet synes en kraftsalgskontrakt ikke å rammes, selv om kraften skal leveres fra et bestemt verk. Det sies i et brev fra statsråden til Stortingets Energi- og miljøkomite³⁶ at ”Ot.prp.nr. 19 (1998-99) ikke er tenkt å ramme enhver langsiktig fysisk kraftkontrakt”. I forlengelsen av dette kommer det frem at langsiktige avtaler med *sluttbrukere* ikke omfattes av konsesjonsplikten. Bakgrunnen for det er at Ot.prp.nr. 19 (1998-99) søker å ramme langsiktige avtaler om kraftdisponering i form av kraftuttak eller kraftleie *for videre omsetning*, jfr over. Resultatet av dette blir at langsiktige kraftkontrakter ikke omfattes av konsesjonsplikten, og at norsk industri kan inngå denne type kontrakter både med offentlig og privat eide selskap, jfr begrensningene i Ikl. § 5.

Selv om formen er en kraftkontrakt, tyder mye på at avtalen likevel vil være konsesjonspliktig dersom den økonomiske realiteten blir lik en eierandel. Det ville innebære en forskjellsbehandling dersom de som inngår en slik avtale og på denne måten oppnår en tilnærmet lik eiendomsrett, ikke omfattes av konsesjonsplikten etter Ikl's regelverk slik som erververe av eiendomsrett gjør. Om den økonomiske realiteten i avtalen blir lik en eierandel, må avgjøres ut fra en totalvurdering³⁷. Forhold som gjør seg gjeldende, kan være om den løpende betalingen er knyttet til verkets driftsutgifter, om kjøperen har innflytelse på kjøringen av verket, og kontraktens varighet. Det siste momentet gjelder særlig dersom varigheten har en løpetid nær økonomisk levetid for verket, jfr. her konsesjonsplikt for avtaler som overstiger 20 år. På den annen side

³⁵ Brev fra EnFo av 07.01.99 til Stortingets Energi- og miljøkomite, ref. 98/235 UR

³⁶ 17.02.99, ref OED 98/1936 EV LV

³⁷ Falkanger/ Haagensen, Vassdrags- og energirett, s.277.

forekommer det sjelden at vanlige kommersielle kraftkontrakter har en varighet utover 20 år³⁸. Tendensen i markedet går i retning av mer kortsiktige leveringsavtaler. Kontraktenes varighet rammes således ikke av begrepet langsiktige avtaler i lovens forstand³⁹.

Det kan være problematisk å fastsette hva som utgjør den reelle forskjellen mellom erverv av henholdsvis bruksrett og langsiktig disposisjonsrett til vannfall. Som nevnt ovenfor, er den tradisjonelle forståelsen av erverv av bruksrett at leieren får rådighet over vannfallet for en satt periode og står for den tekniske og økonomiske driften av anlegget. Leieren ansetter egne folk til å kjøre anlegget og driver dette for egen regning og risiko. Den produserte kraften kan deretter enten omsettes videre eller brukes som råvare i egen industri.

Når det gjelder erverv av langsiktig disposisjonsrett til vannfall, foreligger ingen retts- og forvaltningspraksis. Det gjør en nærmere analyse av dette skjønnsmessig og noe mer komplisert. På bakgrunn av forarbeidene og Nordland fylkeskommunes behandling av medeiendomsretten i Stor- Glomfjord og Kobbelv kan man imidlertid fremme visse antakelser og dra noen slutninger. En langsiktig disposisjonsrett innebærer at erververen får en uttaksrett av en bestemt mengde kraft mot å betale en andel av de løpende kostnadene. Det er således en kraftkjøpsavtale der erververen gjennom avtalen har en bestillerfunksjon, og får en avtalefestet rett til å disponere energi fra anlegget. Denne andelskraften disponerer erververen fritt. Mengden som skal leveres, vil være avhengig av avtalen. Der kan det tenkes inntatt vilkår om at det kjøpes ulike mengder fra uke til uke, måned til måned o.s.v. Har avtalene en varighet av over 20 år og innebærer en kontinuerlig rett til uttak av et omfattende volum kraft (alle kraftkjøpsavtaler omfattes ikke, jfr. over), kan avtalene være konsesjonspliktige.

³⁸ Urquieta i ”Marius” nr. 296, Sjøretts fondet 2003, s 36.

³⁹ Det finnes imidlertid fortsatt noen eldre, langsiktige industrikraftkontrakter. Disse kontraktene innebærer billigsalg av kraft til kraftintensiv industri og treforedlingsindustri i Norge. Kontraktene anses ikke som alminnelige kommersielle kraftkontrakter da de inneholder et element av statssubsidiering, se Hammer, To EØS-rettslige studier fra kraftmarkedet, inntatt i IUSEF nr. 35.

Det som skiller denne type avtaler fra erverv av bruksrett til vannfall, vil således være at leieren ikke får noen kontroll over produksjonen, men er med på å påvirke denne gjennom avtalen om uttak av kraft. Han disponerer en andel av kraften mot å dekke en tilsvarende del av utgiftene. Disposisjonsrettshaveren besitter på denne måten en ”passiv” styring av produksjonen i anlegget. Erververen sitter i ”baksetet”, i motsetningen til bruksrettskonsesjoner, der det er klart hvem som aktivt styrer anlegget. På den annen side vil man kunne si at erververen av langsiktig disposisjonsrett får en viss styring gjennom avtalen ved at denne bestemmer den mengden som skal produseres for hans del til ulike gitte tidspunkt og som vedkommende deretter skal omsette videre. Her er vi i grenseland mellom langsiktig disposisjonsrett og bruksrett til vannfall. Dersom uttaksretten blir svært omfattende både når det gjelder mengde og varighet (mer enn 20 år), kan dette medføre at erververen i virkeligheten får kontroll over kraftverket og at avtalen som en konsekvens av dette må sidestilles med en bruksrett. Hvor grensen går, kan være vanskelig å fastsette. Trolig vil det være snakk om en glidende overgang der erververen gradvis har ervervet en bruksrett. Også her må det foretas en helhetsvurdering. De samme momentene som gjør seg gjeldende ved vurderingen av om den økonomiske realiteten i avtalen blir lik en eierandel, vil også komme inn her, jfr. ovenfor. I tillegg vil uttaksrettens andel av samlet produksjon og forholdet mellom vederlaget og disposisjonsrettshavers gevinstutsikter på avtaletidspunktet være momenter som kommer i betraktning ved vurdering av langsiktig disposisjonsrett mot bruksrett/ eierandel.

Loven søker å konsesjonsbelegge avtaler som betraktes som erverv av bruksrett, jfr. Ot.prp. nr. 19 (1998-99). Om en avtale medfører et slikt erverv, kan det ut fra hva som er nevnt over, være svært vanskelig å fastslå fordi den utad kun omhandler en uttaksrett til kraften og ikke utleie av vannfallet. Avtalene må avgrenses mot erverv av bruksrett på den ene side, og kraftkjøpsavtaler som ikke omfattes av konsesjonsplikten på den andre.

I mangel av rettspraksis kan det være interessant å gå nærmere inn på spørsmålet om hvilke typer avtaler som hypotetisk sett vil kunne bli konsesjonspliktig etter

bestemmelsene om langsiktig disposisjonsrett til vannfall. Jeg vil i det følgende ta for meg et par Høyesterett- og Lagmannsrettsavgjørelser der problemstillingene ikke dreide seg om tildeling av konsesjon for langsiktig disposisjonsrett til vannfall, men der avtalene som forelå og var gjenstand for tvistene, muligens ville vært konsesjonspliktige etter bestemmelsene i dag.

I en avgjørelse fra Borgarting lagmannsrett av 19.12.2002 dreide det seg om kontraktsrevisjon av en evigvarende kraftkontrakt inngått mellom Oslo kommune (senere Oslo Lysverker) og AS Glommen Træsliberi (senere Hafslund ASA). Avtalen, som ble inngått i 1914, gav rett til evigvarende uttak av kraft fra AS Glommen Træsliberi (senere Hafslund ASA). Prisen i kontrakten var fast, uten noen form for verdisikring. (Det var naturlig nok indeksregulering av fastprisen tvisten dreide seg om). Kontrakten var uoppsigelig fra AS Glommen Træsliberi sin side. Siden 1925 har Oslo kommune tatt ut det maksimumskvantum som den etter kontrakten har rett til. Mye tyder på at en slik kontrakt ville vært konsesjonspliktig etter dagens regler om langsiktig disposisjonsrett. Argumenter for dette syn er at kontrakten er evigvarende. Kjøperen står ikke selv for driften av anlegget, men disponerer kraft i form av kraftuttak i henhold til kontrakten. Videre disponerer kjøper kraften slik han vil. Den kan omsettes videre, noe som også ble gjort. Kraftmengden som tas ut i henhold til avtalen, vil være et annet moment i vurderingen.

I Rt. 1998, s.1683 var tilfellet at daværende Østfold Kraftforsyning og Fredrikstad Elverk inngikk avtale som blant annet forpliktet førstnevnte til i de kommende 30 år å skaffe elverket *all den kraft* som det ville trenge til fordelingen innen sitt forsyningsområde. Samtidig ble Fredrikstad Elverk forpliktet til ikke uten samtykke å kjøpe kraft fra andre leverandører. Avtalen var uoppsigelig. I vurderingen av om en slik avtale vil være konsesjonspliktig, vil de samme momentene som er nevnt over, ta del. Langsiktigheten er innfridd. Det er viktig. Dessuten skal kraften omsettes videre for kjøpers egen regning og risiko. Andelen kraft elverket henter ut, må sees i forhold til den totale produksjonen i verket.

Eksemplene belyser to ulike typer kraftkontrakter som kan være konsesjonspliktige dersom de inngås i dag. En konkret vurdering må foretas for å fastsette dette.

4.2.4 Forholdet til den tidligere ordningen med kraftleiekonsesjoner

Industrikonsesjonslovens kap. 4 om kraftleie og om utførsel og innførsel av kraft ble opphevet ved vedtakelse av energiloven. Den opprinnelige ordningen i henhold til bestemmelsen i dette kapitlet var utarbeidet for å unngå eventuelle omgåelser av ervervsbestemmelsene i industrikonsesjonsloven. I den tidligere Ikl. § 22 fremgikk det at ingen andre enn staten, norske kommuner og fylkeskommuner med full rettsvirkning kunne erverve elektrisk kraft til eget bruk uten konsesjon. (Kravet omfattet erverk av større mengder enn 5.000 kW medregnet tidligere ervervet elektrisk kraft). Private erververe kunne få tilsvarende konsesjon dersom ikke allmenne hensyn talte imot, jfr. § 23. For disse var ervervet betinget av til dels omfattende vilkår. Bestemmelsene regulerte hvilke avtaler som skulle konsesjonsbehandles, hvilket rettssubjekt som skulle konsesjonsbehandles og hvilke vilkår som skulle stilles i forbindelse med konsesjonsbehandlingen.

I Ot.prp. nr 43 (1989-90) ble daværende kapittel 4 opphevet med følgende begrunnelse: (s. 56) ”Bestemmelsen om kraftleie i industrikonsesjonslovens kapittel 4 ble blant annet fastsatt for å ramme omgåelser av bestemmelsene om konsesjon for erverk av vannfallrettigheter. Hensynet til omgåelser av reglene for erverk gjelder ikke lenger. Ordningen med kraftleiekonsesjoner fungerer i dag i hovedsak som en registreringsordning. Departementet har kommet til at bruk av kraftleiekonsesjoner er lite egnet til å ivareta hensynet til effektiv ressursbruk og energiøkonomisering i virksomheter som leier kraft til eget bruk. Olje- og energidepartementet vil derfor tilrå at bestemmelsen om kraftleie i industrikonsesjonsloven kapittel 4 oppheves. Gitte kraftleiekonsesjoner over 5.000kWh skal fortsette å gjelde frem til utløpet av konsesjonstiden. Olje- og energidepartementet kan ikke se at det er behov for andre konsesjonsbestemmelser om energibruk.” Opphevelsen av daværende kapittel 4 kan synes tenkt erstattet gjennom konsesjonsbehandling i henhold til

omsetningskonsesjonsordningen med hjemmel i energilovens kap. 4. der det heter at ingen andre enn staten kan stå for omsetning av energi uten konsesjon, jfr. § 4-1. Denne referer seg på den annen side ikke til den enkelte transaksjon.

Det kan ut fra forarbeidene til lovendringen om konsesjonsplikt for avtaler om erverv av langsiktig disposisjonsrett til vannkraftressurser se ut som den type omgåelser som ble regulert i industrikonsesjonslovens kap. 4, på ny forsøkes regulert gjennom denne lovendringen. Som tidligere påpekt, framgår det i Ot.prp.nr. 19 (1998-99) at bestemmelsen i tillegg til langsiktige avtaler om uttak av medeierskapskraft ”også vil omfatte andre langsiktige avtaler om kraftdisponering i form av kraftuttak eller kraftleie *for videre omsetning...*”. Lovendringen skiller seg her fra de tidligere bestemmelsene i industrikonsesjonsloven kap. 4. Den tidligere kraftleiekonsesjonsordningen gjaldt leie av kraft til *sluttbrukere*. Denne type avtaler omfattes i utgangspunktet ikke av konsesjonsplikten i Ikl. §§ 1, 4 og 5, jfr foran. Poenget var å innføre konsesjonsplikt på disse avtalene slik at erververne ikke skulle kunne benytte et smutthull i lovgivningen og dermed unngå konsesjonsplikt. Man kan av dette trekke den konklusjon at lovendringen ikke er en gjeninnføring av ordningen med kraftleiekonsesjoner.

4.2.5 Forholdet til konsesjonskraften

Konsesjonskraft er den delen av kraftproduksjonen som eierne av et vannkraftverk i henhold til gitte konsesjoner (konsesjonæren) er pålagt å levere kommunene som er berørt av utbygging, eventuelt også fylkeskommunen og staten. Regelen fremkommer i Ikl. § 2 post 12 og Vregl. § 12, post 15. Konsesjonskraften fordeles av konsesjonsmyndigheten og skal leveres til en pris som loven foreskriver. Etter lovens ordlyd er avgjørelsesmyndighet lagt til departementet (post 12, 4. ledd), men denne myndigheten ble i 1971 delegert til NVE⁴⁰. Fordelingen bestemmes av NVE med grunnlag i kommunenes behov til den alminnelige elektrisitetsforsyningen. Kraften kan kommunen benytte etter eget skjønn. I tillegg bestemmer NVE hvordan kraften skal

⁴⁰ Falkanger/ Haagensen, Vassdrags- og energirett, s. 358.

avstå og beregner effekt og energi. Vilåårene for levering av kraften er ikke regulert i loven, men til en viss grad gjennom retningslinjer fra NVE.

De som tar ut slik konsesjonskraft må betale for kraften. Prisen er fastsatt slik at den normalt vil ligge godt under markedspris for kommunene. Konsesjonskraften er derfor av stor økonomisk verdi ikke bare for kommunene, men også for konsesjonåren. Prisbestemmelsen er inntatt i Ikl § 2 post 12, 6. ledd. Jeg går ikke nærmere inn på dennes innhold. Bestemmelsen ble gitt for å sikre utbyggingskommunene kompensasjon for skader og ulemper ved utbyggingen, samtidig som en del av grunnretten skulle tilfalle disse kommunene. Hensikten med konsesjonskraftreglene har hele tiden vært å sikre utbyggingskommunene tilstrekkelig elektrisk kraft for den alminnelige elektrisitetsforsyningen til en rimelig pris. Konsesjonskraften kan sies å være en ubetinget rett for utbyggingskommunen som går direkte frem av konsesjonslovgivningen.

Generelt pålegger Ikl. § 2, 4.ledd, post 12, eieren av kraftverket å avstå inntil 10 % av ”gjennomsnittlig kraftmengde vannfallet etter foretatt utbygging kan yte med påregnelig vannføring år om annet” til kommuner og fylkeskommuner kraftanlegget ligger i. Konsesjonskraft som ikke benyttes av kommunen, kan subsidiært kreves avstått til fylkeskommunen. I tillegg kan det bestemmes at konsesjonåren skal avstå 5 % av kraften til staten, bestemmelsens 2. ledd. Staten vil i så tilfelle rå fritt over den tildelte kraften. Dette skjer på tross av at formålet opprinnelig var å sikre kraft til småindustri, gårdsdrift o.s.v.⁴¹ innen kommunen og har nå utviklet seg til å bli en viktig inntektskilde for denne. Kommunen kan med andre ord velge selv om den vil overlate konsesjonskraften til eget energiverk eller selge den til andre. Loven regulerer ikke hvilke priser og andre vilkår som kan avtales ved et eventuelt videresalg. Kommunen kan selv prioritere om kraften skal omsettes til markedspris, eller om konsesjonskraften skal komme innbyggerne til gode gjennom lavere kraftpriser.

⁴¹ Ot.prp. nr. 2 (1909), s. 33.

Hvordan stiller så en eventuell overdragelse av konsesjonskraftrettighetene seg i forhold til konsesjonsplikten for erverv av avtaler om langsiktig disposisjonsrett? Overdragelse av rettighetene er ikke det samme som et videresalg av konsesjonskraften. Det første spørsmålet som stilles blir derfor om uttrykket ”etter eget skjønn” tilsier at kommunen også kan foreta en overdragelse av konsesjonskraftrettighetene. Her må det sannsynligvis foretas en mer omfattende vurdering der formålene bak bestemmelsen, forholdet mellom kommunen og konsesjonæren samt kontraktsrettslige regler blir noen av momentene i vurderingen. Kommunene vil etter mitt skjønn måtte tre ut av avtalen med konsesjonæren og overføre betalingsforpliktelsene til en tredjepart. Kontraktsrettslige regler tilsier at konsesjonæren i et slikt tilfelle må samtykke i overdragelsen. En vurdering av hva resultatet av overdragelse til en tredjepart vil kunne bli, går jeg ikke nærmere inn på.

OED har imidlertid i et brev til en advokat⁴² gitt uttrykk for at det ikke utløses konsesjonsplikt etter Ikl. § 1, 4. ledd når en kommune overfører sine konsesjonskraftrettigheter som tingsinnskudd til sitt heleide aksjeselskap for en periode på 50, 5 år. Ikl. § 1, 4. ledd gir departementet anledning til å gjøre unntak fra konsesjonsplikt når særlige hensyn foreligger. Bestemmelsen ble innført ved vedtakelsen av energiloven. Forarbeidene viser at bestemmelsen blant annet var tenkt benyttet ved rene omdannelser hvor man viderefører samme eierstruktur i en annen form. Dette var tilfellet her.

Forutsatt at det blir gjennomført en overdragelse av konsesjonskraftrettighetene til et rettssubjekt der kommunen ikke er eier, stiller problemet seg annerledes. Det vil her være snakk om en overdragelse som på mange måter er lik utleie av medeiendomsretten. (En av *forskjellene* ligger i at avtaler om uttak av medeierskapskraft blir tilbudt fylkeskommunen og der denne selv bestemmer om den skal aksepteres, mens retten til konsesjonskraft er en ubetinget rett etter loven).

⁴² Brev av 19.09.00, ref. OED 2000/1521 EV KJR.

Avtaleparten som får konsesjonskraftrettighetene overdratt til seg, erverver en rett til uttak og videresalg av konsesjonskraften, men står selv ikke for produksjonen. Dette innebærer en eksklusiv rett til vannkraftressursen, og må vel kunne sies å omfattes av uttrykket ”andre langsiktige avtaler om kraftdisponering” i Ot. prp. nr. 19 (1998-99). Videre vil det være slik at overdragelsen ikke vil knytte seg til det konsesjonsbelagte vannfallet, men til disponering av kraften vannfallet utbringer. Det var denne type avtaler departementet ville gjøre konsesjonspliktige gjennom lovendringen i 1999. Retten til konsesjonskraft er ikke tidsbegrenset, men følger av loven. Dette tilsier at vilkåret om at disposisjonsretten skal være langsiktig, blir oppfylt. I tillegg vil nok en avtale om overdragelse av konsesjonskraften i likhet med avtalen Nordland fylkeskommune inngikk med Eastern Group PLC og Lunds Energi AB om uttak av medeiendomsretten, stride mot de formål og forutsetninger som ligger til grunn for konsesjonskraftbestemmelsen.

Som en følge av dette tyder mye på at en eventuell overdragelse av konsesjonskraftrettighetene vil være konsesjonspliktig etter reglene om avtaler om langsiktig disposisjonsrett til vannfall.

4.2.6 Nærmere om innholdet i industrikonsesjonsloven § 4 og § 5 og konsesjonsvilkårene

Lovendringen innebærer som nevnt tidligere, at avtaler om erverv av langsiktig disposisjonsrett til vannkraftressurser samt andre langsiktige avtaler om kraftdisponering er konsesjonspliktige i henhold til industrikonsesjonsloven § 1. Dersom ervervet er konsesjonspliktig, skal det underlegges konsesjonsbehandling i henhold til Ikl. § 4 eller § 5.

Hva er så det rettslige innholdet i Ikl. § 4 og § 5 når det gjelder erverv av langsiktig disposisjonsrett, og hvilke vilkår oppstilles ved tildeling av konsesjon for denne typer avtaler etter bestemmelsene?

Jeg tar først for meg § 4. Staten har forkjøpsrett til aksjer eller parter i henhold til Ikl. § 4, tredje punktum, når det ”offentlige eierskap” faller under 2/3 av stemmene og kapitalen. Konsesjonæren vil i et slikt tilfelle ikke lenger tilfredsstille vilkårene for å få konsesjon på ubegrenset tid. Grunnen til at det offentlige eierskap ikke lenger eier den nevnte andel av aksjene og stemmene, vil normalt være at det har skjedd en overdragelse fra en eller flere slike eiere til private kjøpere. Adgangen staten har til å gjøre forkjøpsretten gjeldende, oppstår så snart departementet har fått melding om at betingelsene for konsesjon ikke lenger er oppfylt.

Spørsmålet som oppstår er hvordan denne regelen får virkning på avtaler om erverv av langsiktig disposisjonsrett. Hva skjer dersom et selskap, der for eksempel en kommune eier mer enn 2/3 av kapitalen og stemmene, har fått innvilget konsesjon til erverv av langsiktig disposisjonsrett, og det offentlige eierskapet i selskapet deretter faller *under* 2/3? Blir det her snakk om forkjøpsrett, eller får staten adgang til å tre inn som part i avtalen? Hva skjer dersom staten ikke gjør bruk av forkjøpsretten eller trer inn i avtalen? Skal forkjøpsretten eventuelt gjøres gjeldende til bakenforliggende fall/ anlegg, eller skal den gjøres gjeldende til disposisjonsrettsavtalen?

Lovens ordlyd og forarbeider gir lite veiledning. Det er imidlertid selve kraftkontrakten/ avtalen om langsiktig disposisjonsrett som er underlagt konsesjonsbehandling ved ervervet. Det ville derfor være lite sannsynlig at staten kunne gjøre forkjøpsretten gjeldende til de bakenforliggende rettigheter. I et brev fra statsråden til Energi- miljøkomiteen på Stortinget⁴³ bekreftes dette: ”Det er ikke rettslig adgang for staten å gjøre forkjøpsrett gjeldende til noen bakenforliggende vannfallrettigheter når det overdras bruksrett eller langsiktig disposisjonsrett”. Å gjøre forkjøpsrett gjeldende til disposisjonsrettsavtalen vil i neste omgang være lite naturlig. Forkjøpsrett gjelder kjøp av andeler i selskapet, og er rettet mot selskaper som innehar konsesjon for eiendomsrett til vannfall. Ordet forkjøpsrett passer derfor dårlig her. Ved

⁴³ Brev av 17.02.99 fra statsråd Marit Arnstad til Energi- og miljøkomiteen, ref. OED 98/1936 EV LV.

konsesjonspliktig erverv av bruksrett har staten (subsidiært fylkeskommunen, deretter kommunen) etter Ikl. § 10 *fortrinnsrett til å tre inn som part* i bruksleieavtalen.

Bestemmelsen regulerer andre forhold enn Ikl § 4. Men med tanke på at erverv av langsiktig disposisjonsrett, som erverv av bruksrett, inngås gjennom avtaler, samtidig som en tilsvarende løsning virker naturlig og logisk for disposisjonsrettsavtaler etter § 4, tyder vel mye på at dette vil være løsningen også her. Resultatet blir at staten får rett til å tre inn som part i disposisjonsrettsavtalen dersom det offentlige eierskapet faller under 2/3, og overtar de rettigheter og plikter som fremgår av avtalen. Denne løsningen er også lagt til grunn i det ovennevnte brevet fra statsråden til Energi- og miljøkomiteen på Stortinget.

Det neste spørsmålet blir hva som skjer dersom staten ikke benytter retten til å tre inn som part i avtalen. Som nevnt vil vilkårene for konsesjon på ubegrenset tid ikke lenger være oppfylt dersom det offentlige eierskap faller under 2/3. Departementet har i tilfeller når det gjelder konsesjon for eiendomsrett til vannfall, lagt til grunn at ervervskonsesjonen for det selskapet det er omsatt andeler i gjøres tidsbegrenset. Departementet har gitt uttrykk for at konsesjonstiden da maksimalt vil kunne settes til 60 år, regnet fra det opprinnelige konsesjonstidspunktet⁴⁴. For ervervskonsesjon til eiendomsrett vil det i slike tilfelle bli oppstilt vilkår om hjemfall ved utløpet av konsesjonstiden. Spørsmålet blir om en konsesjon til erverv av langsiktig disposisjonsrett også vil omgjøres til å bli tidsbegrenset (60 år, jfr. over, men også bestemmelsen i Ikl § 5, 4. ledd, post 1). Spørsmålet om hjemfall vil ikke være aktuelt i forbindelse med langsiktige avtaler om kraftdisponering. I mine øyne tyder lovens system, departementets syn og innholdet i Ikl. § 4 på at dette vil være en naturlig løsning. Alternativet vil være at avtalen kan falle bort da den jo vil være i strid med Ikl. § 4. Det rettslige grunnlaget for dette vil være kontraktsrettslige regler, herunder læren om bristende forutsetninger. Det kan videre være inntatt vilkår i avtalen om at den faller bort dersom det offentlige eierskap faller under 2/3. Her skal bemerkes at selv om en avtale er i strid med lov, medfører ikke dette automatisk ugyldighet⁴⁵. Jeg går ikke

⁴⁴ Falkanger/ Haagensen, Energi- og vassdragsrett, s. 411.

⁴⁵ Hov, Avtaleslutning og ugyldighet, s.202 flg..

nærmere inn på dette. Eventuelt kan det vel tenkes inntatt vilkår i konsesjonen om at avtalen faller bort dersom det private eierskap blir større enn 1/3. Da er man imidlertid over i læren om forvaltningens adgang til å sette vilkår⁴⁶. Dette faller utenfor oppgavens tema.

En kan videre tenke seg at kontrakten om langsiktig disposisjonsrett utvikler seg i negativ retning, f.eks på grunn av kraftig synkende kraftpriser over lengre tid. Vil det da være slik at staten selv vil vurdere hvorvidt den vil tre inn i avtalen eller ikke? Dette vil i så fall kunne medføre en uensartet praksis avhengig av kontraktens økonomiske status.

Ikl § 5 omhandler de tilfeller hvor Statkraft SF, norske kommuner eller fylkeskommuner direkte gir bruksrett eller langsiktig disposisjonsrett i.h.t kraftkontrakter til norske statsborgere og statsborgere i andre stater som er parter i EØS-avtalen, andre utlendinger og juridiske personer. Problemstillingen blir om eventuelle private rettssubjekter ikke kan inngå langsiktige avtaler om kraftdisponering når selgeren er et offentlig eid selskap. Lovens ordlyd tyder på at det ikke kan meddeles konsesjon for slike avtaler. Dette blir bekreftet i et brev fra statsråden til Energi- og miljøkomiteen⁴⁷. Følgen av dette vil være at offentlig eide selskaper vil være forhindret fra å inngå avtaler om langsiktig disposisjonsrett for uttak av kraft. Offentlig eide selskaper må eventuelt tilbakeføre kraftrettighetene til norske kommuner eller fylkeskommuner. Deretter kan slike langsiktige avtaler inngås med private erververe. Disse avtalene vil i så fall i så fall være konsesjonspliktige.

Ved meddelelse av konsesjon etter Ikl. § 4, fjerde ledd fremgår det at ved fastsettelse av øvrige betingelser, får grunnreglene i § 2 post 2-8, 12-16 og 22-23 tilsvarende anvendelse. Etter Ikl. § 5 er det bestemmelsene i § 2 post 1-12, 14-16 og 22-23 som får anvendelse. Det fremgår av disse reglene at det skal stilles en rekke vilkår av økonomisk tyngende karakter. Flere av vilkårene er preseptoriske. Spørsmålet blir hvilke vilkår som vil stilles dersom det tildeles ervervskonsesjon for langsiktig disposisjonsrett. I Ot. prp. nr. 19 (1998-99), side 4 uttales det at "Lovens øvrige

⁴⁶ Eckhoff/ Smith, Forvaltningsrett kap. 16.

⁴⁷ Brev av 17.02.99, ref. OED 98/1936 EV LV.

bestemmelser vil gjelde tilsvarende så langt de passer”. Dette må bety at det skal foretas en konkret vurdering i hver enkelt sak hvilke konsesjonsvilkår som skal oppstilles. Ettersom det gjelder konsesjon for avtaler om langsiktig disposisjonsrett vil det være uaktuelt å fastsette vilkår i henhold til de fleste av grunnreglene i loven⁴⁸. Som eksempel kan nevnes Ikl. § 2, post 6 om å erstatte utgifter til forsterket jakt- og fiskeoppsyn under anleggstiden og post 14 om å unngå ødeleggelser av naturforekomster osv.

Det interessante blir hvilke økonomiske vilkår som skal stilles ved tildeling av konsesjon. Som jeg tidligere har nevnt, finnes det foreløpig ingen retts- eller konsesjonspraksis for avtaler om erverv av langsiktig disposisjonsrett. Man kan imidlertid ta utgangspunkt i avtalene mellom Nordland fylkeskommune og Eastern Group PLC/ Lunds Energi AB for søke å veiledning. Det var denne type avtaler departementet ville innføre konsesjonsplikt for gjennom lovendringen. Avtalene innebar som nevnt, at Nordland fylkeskommune overdro sine rettigheter etter medeierskapsavtaler til disse selskapene. I motytelse skulle de betjene fylkeskommunens forpliktelser i forhold til staten/ Statkraft, i det alt vesentlige i samsvar med det som fremgikk av medeierskapsavtalene. Fylkeskommunens plikter når det gjelder medeiendomsretten fremkommer i St. prp. nr. 157. På side 31 heter det at ”fylkeskommunen skal dekke sin andel av anleggets forpliktelser vedrørende erstatningskraft, *samtlig konsesjonsvilkår* som f.eks konsesjonskraft, konsesjonsavgifter, næringsfond samt eget forbruk m.v.” Selv om det her ikke var tale om en bruksrett eller eiendomsrett, ble altså fylkeskommunen pålagt økonomisk tyngende vilkår. Det skal bemerkes at medeiendomsretten tidligere ble tilbudt fylkeskommuner ved statlige utbyggingsprosjekter. Dersom det inngås avtaler om langsiktig disposisjonsrett til uttak av kraft i kraftverk som allerede er utbygget, vil konsesjonsvilkårene være langt mindre omfattende. Vilkårene, herunder de økonomisk belastende i Ikl § 2, post 12 om avståelse av konsesjonskraft, post 13, jfr § 5, post 2 om konsesjonsavgifter og post 23 om opprettelse av næringsfond, er rettet mot eiendoms-

⁴⁸ Brev av 17.02.99 fra statsråd Marit Arnstad til Energi- og miljøkomiteen, ref. OED 98/1936 EV LV

og bruksrettskonsesjonærer og blir pålagt disse ved innvilgelse av konsesjon. Det vil neppe bli aktuelt å pålegge en erverver av langsiktig disposisjonsrett til vannfallet tilsvarende vilkår. Løsningen blir trolig at selgeren av kraften medregner utgiftene i prisen i en eventuell kraftkjøps- kraftleiekontrakt. Erververen av den langsiktige kraftkontrakten vil på den måte betale sin forholdsmessige del av konsesjonsavgiften, erstatte deler av inntektstapet p.g.a avståelse av konsesjonskraft o.s.v.

Kapittelet har vist at bestemmelsene som omhandler konsesjonspliktige disposisjonsrettsavtaler foreløpig er svært skjønsmessige og vage. Dette gjelder både for hvilke avtaler som rammes av konsesjonsplikten og vilkårene som skal oppstilles. Forutsetningen om at erververen har meldeplikt til departementet kompliserer det hele ytterligere. Det har vært hevdet at lovregler der det knytter seg usikkerhet til innholdet, er i strid med EØS-rettslige regler om etableringsrett, herunder fri bevegelighet for selvstendig næringsdrivende og juridiske personer. Dette fordi reglene er lite forutberegnelige, noe som generelt sett favoriserer nasjonale rettssubjekter. I denne avhandlingen vil det imidlertid føre for langt å behandle problemstillingen. Jeg går derfor ikke nærmere inn på den.

4.2.7 Hvilke følger får de foreslåtte lovendringene i Ikl. for avtaler om erverv av langsiktig disposisjonsrett?

Om tidligere nevnt, sendte OED den 29.11.02 ut til høring forslag om endringer i Ikl. og Vregl. Endringsforslagene omfatter blant annet bestemmelsene om tidsbegrensning av konsesjoner og hjemfall, forkjøpsrett og fortrinnsrett for henholdsvis staten, fylkeskommuner og kommuner, og bestemmelsene om minstegrensen for konsesjonsplikt. Bakgrunnen for endringsforslaget var at EFTA's overvåkningsorgan ESA har anført at gjeldende konsesjonsregler med ulike bestemmelser om konsesjonstid og hjemfall for offentlige og private erververe, er i strid med EØS-avtalens bestemmelser om fri etableringsrett og kapitalbevegelighet. ESA hevder at det norske regelverket ikke er eiernøytralt. Forslaget fra OED har imidlertid ført til betydelig debatt der det er stort sprik mellom de ulike synspunkter. Det har derfor blitt nedsatt et

sammensatt offentlig utredningsorgan som skal foreta en grundig gjennomgang av de ulike forslagene som fremkom⁴⁹. Utvalget skal avgi sin utredning høsten 2004. Det skal deretter fremmes proposisjon for Stortinget, slik at vedtakelsen av lovendringene eventuelt kan ventes tidligst i 2005. Dette er relativt langt frem i tid. Jeg vil derfor kun foreta en kort redegjørelse for hvilke hovedendringer det foreliggende endringsforslaget medfører for kravet om konsesjonsplikt ved erverv av langsiktig disposisjonsrett til vannfall.

I forslaget foreslår departementet at nåværende Ikl. § 4 oppheves. Bestemmelser om statlig og fylkeskommunal forkjøpsrett og statlig, fylkeskommunal og kommunal fortrinnsrett foreslås opphevet. Videre skal Ikl. § 5 *fullt* regulere adgangen til å gi konsesjon for avtaler om bruksrett og langsiktig disposisjonsrett. Bestemmelsen i § 5 skal gjelde likt uavhengig av konsesjonssøker. Dette betyr at dagens regler som innebærer ulike muligheter for private og offentlige om å inngå avtaler om erverv av langsiktig disposisjonsrett erstattes av regler som sikrer likebehandling av aktørene. Videre foreslås et nytt Ikl. § 5, 1. ledd der det fremkommer at det kan gis konsesjon for erverv av bruksrett eller langsiktig disposisjonsrett såfremt ikke allmenne hensyn taler imot det. Skranken tilsvarende den som settes ved erverv av eiendomsrett til konsesjonspliktige vannfall i en ny § 2. I forlengelsen av dette foreslås det inntatt et nytt annet ledd i både Ikl. §§ 2 og 5 hvor det fremgår at konsesjon skal tildeles på grunnlag av ”objektive, transparente og ikke-diskriminerende vilkår”. Dagens regler om at konsesjon til private kan meddeles ”under særlige omstendigheter” (jfr. foran) faller dermed bort og erstattes av den samme skranke som vil gjelde for erverv av eiendomsrett. Av hensyn til faren for omgåelser av hjemfallsordningen i § 2, foreslår departementet at adgangen til å gi ervervskonsesjon for bruksrett og langsiktig disposisjonsrett begrenses til de tilfeller der rettigheten enten gjelder vannfall som tilhører staten eller vannfallet tidligere er konsesjonsbehandlet og det er meddelt konsesjon med vilkår om hjemfall til staten. Konsesjonærer som faller utenfor denne begrensningen kan få konsesjonsbehandlet eiendomsretten til sine vannfall. (Etter min

⁴⁹ Pressemelding fra OED, nr. 43/03, 04.04.03.

forståelse vil da sistnevnte bli underlagt vilkår om hjemfall). Gjeldende regelverk om at konsesjonsplikten ved inngåelse om langsiktige avtaler om kraftdisponering er uavhengig om det er meddelt konsesjon for ervervet av vannfall og kraftanlegg tidligere vil altså endres. Avtalene vil vel også bli tidsbegrenset da de bakenforliggende rettigheter (eiendomsrett) vil være pålagt vilkår om hjemfall. Departementet foreslår deretter at gjeldende § 5, 4. ledd, post 3, som inneholder bestemmelsene om hvilke vilkår som får anvendelse ved privates erverv av bruksrett og langsiktig disposisjonsrett endres. Vilkårene som stilles for erverv av eiendomsrett i Ikl. § 2, skal kun stilles så langt de passer. Dette tilsvarer det som er uttalt i Ot. prp. nr. 19 (1998-99). Den foreslåtte endringen oppklarer derfor ikke hvilke vilkår som skal oppstilles ved ervervskonsesjon for langsiktig disposisjonsrett.

5 Avslutning

Industrikonsesjonslovens bestemmelser om langsiktig disposisjonsrett til vannfall må sies å være vage og lite presise. Det samme gjelder reglenes premisser. Avhandlingens analyse viser at det er langt fra opplagt hvilke avtaler som vil være konsesjonspliktige etter reglene om langsiktig disposisjonsrett til vannkraftressurser. Om avtalene vil bli underlagt konsesjon, beror på skjønnsmessige vurderinger. På den ene siden må avtalene avgrenses mot bruksrettsavtaler, på den andre mot vanlige kraftkjøpsavtaler som ikke er omfattet av konsesjonsplikten. Avtalens varighet, omfanget av uttaksretten sett mot kraftverkets totale produksjon og kjøperens innflytelse på kjøringen av verket er noen av momentene som må tas i betraktning. Videre er det uklart hvilke konsesjonsvilkår som vil oppstilles dersom konsesjon innvilges. De fleste av lovens vilkår vil være uaktuelle. Dette må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle. Det er ikke heldig at lovbestemmelser er så vidt uklare. For aktører på kraftmarkedet kan usikkerheten rundt lovreglenes innhold medføre at markedets effektivitet hindres. Samtidig kan det stride mot landets EØS-rettslige forpliktelser.

Litteraturliste

Juridisk litteratur:

Amundsen, Olaf. Koncessionsloven med kommentarer, Aschehaug & Co, Kristiania 1918.

Andersen, Per Conradi og Høisveen, Per Håkon. Energiloven med forskrifter og kommentarer, 2. utg., Oslo 1995.

Bjørnebye, Henrik. Overdragelse av fallrettigheter – EØS-rettslige rammer for statens styringskompetanse. Spesialavhandling til det juridiske embetsstudium inntatt i IUSEF nr. 36, Universitetsforlaget, Oslo 2000.

Eckhoff, Torstein. Rettskildelære, 4. utg. ved Jan E. Helgesen, Tano Aschehoug, Oslo 1997.

Eckhoff, Torstein og Smith, Eivind. Forvaltningsrett, 6. utg., Tano Aschehoug, Oslo 1997.

Falkanger, Thor. Tingsrett, 5. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2000.

Falkanger, Thor og Haagenen, Kjell (red). Norsk vassdragsrett, 1. utg., Tano, Oslo 1988.

Falkanger, Thor og Haagenen, Kjell (red). Vassdrags- og energirett, 2. utg., Universitetsforlaget, Oslo 2002.

Hammer, Ulf. Tilrettelegging av kraftmarkedet, 1. utg., Cappelen akademisk forlag, Oslo 1999.

Hammer, Ulf. To EØS-rettslige studier fra kraftmarkedet, inntatt i IUSEF nr. 35, Universitetsforlaget, Oslo 2000.

Hov, Jo. Avtaleslutning og ugyldighet, 2. utg., Papinian, Oslo 1998.

Sejersted, Fredrik; Arnesen, Finn; Rognstad, Ole-Andreas; Foyn, Sten og Stemshaug, Helge. EØS-rett. Universitetsforlaget, Oslo 1996.

Urquieta, Carlos A: Industrikonsesjonsloven: Offentlig styring av fallrettigheter og EØS-rettslige skranker, spesialavhandling til det juridiske embetsstudium inntatt i Marius nr. 296, Oslo 2002.

Forarbeider og offentlige publikasjoner:

Ot. prp. nr. 2 (1909): Angaaende utfærdigelse av lov om vassdragsreguleringer, hvormed industrielle formål fremmes.

Ot. prp. nr. 15 (1916): Om forandringer i lov av 18de september 1909 om erhvervelse av vandfald, bergverk og anden fast eiendom.

Ot. prp. nr. 69 (1966-67): Revisjon av den alminnelige konsesjonslov av 14. desember 1917 m.v.

Ot. prp. nr. 43 (1989-90): Om lov om produksjon, omforming, overføring, omsetning og fordeling av energi m.m. (Energiloven).

Ot. prp. nr. 32 (1990-91): Om lov om statsforetak.

Ot. prp. nr. 39 (1998-99): Lov om vassdrag og grunnvann (vannressursloven).

Ot. prp. nr. 19 (1998-99): Om lov om endringer i lov av 14. desember 1917 nr 16 om erverv av vannfall, bergverk og annen fast eiendom m.v. og lov av 14. desember 1917 nr 17 om vassdragsreguleringer.

Indst. O. V (1917): Innstilling fra spesialkomitees om utfærdigelse av en lov om erhvervelse av vandfald, bergverk og anden fast eiendom.

Innst. O. nr. 68 (1998-99): Innstilling fra energi- og miljøkomiteen om lov om endringer i lov av 14. desember 1917 nr 16 om erverv av vannfall, bergverk og annen fast eiendom m.v. og lov av 14. desember 1917 nr 17 om vassdragsreguleringer.

St. prp. nr. 157 (1981-82): Om medeiendomsrett for fylkene Rogaland, Hordaland og Nordland ved utbygging av statens vannkraft.

St. prp. nr. 100 (1990-91): Omorganisering av Statkraft.

St. prp. nr. 104 (1990-91): Om fornyelser av Statkrafts industrikontrakter og vilkårene i kontraktene om foregrepne hjemfall m.v.

St. prp. nr. 52 (1998-99): Om Statkrafts industrikontrakter og leieavtaler.

Innst. S. nr. 206 (1972-73): Om samtykke til statsregulering for utbygging av Eidfjord-Nord.

Innst. S. nr 152 (1982-83): Innstilling fra energi- og industrikomiteen om medeiendomsrett for fylkene Rogaland, Hordaland og Nordland ved utbygging av statens vannkraft.

St.meld. nr. 29 (1998-99): Om energipolitikken.

NOU 1994: 12: Lov om vassdrag og grunnvann.

NOU 1998: 11: Energi- og kraftbalansen mot 2020.

OED, høringsforslag 29.11.2002: Om forslag til endringer i industrikonsesjonsloven og vassdragsreguleringsloven.

Dommer:

Rt. 1918 s. 401

Rt. 1962 s. 162 . Hjemfallsrettssaken

Rt. 1965 s. 272

Rt. 1966 s. 752

Rt. 1979 s. 67: Sauholmen-saken

Rt. 1998 s. 1683

LB-2002-0065

Annet:

Fakta 2002: Energi og vassdragsvirksomheten i Norge, Olje- og energidepartementet.

Aakvaag, Torvild: Norge i det europeiske energidiplomati, foredrag ved Europa-programmets rådsmøte 19. oktober 1999.

Lund, Morten: Hvorfor trenger vi særnorske konsesjonsregler? Foredrag til Aulaforum, Justivalen 2001.